



‘Het Nieuwe Werken’ en de arbeidsrechtelijke regelgeving

R. Knegt
J.A. de Groot
R.H. van het Kaar
G.J. Mulder
J.R. Popma
M.H. Schaapman
E. Verhulp

Rapport

**Uitgebracht aan het ministerie van
Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
Directie Gezond en Veilig Werken**

**HUGO SINZHEIMER INSTITUUT
UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM**

Amsterdam, 10 maart 2011

HUGO SINZHEIMER INSTITUUT

Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Oudemanhuispoort 4
1012 CN Amsterdam

Postadres: Postbus 1030, 1000 BA Amsterdam
Tel. 020 5253560
www.jur.uva.nl/hsi

Inhoudsopgave

Voorwoord	v
Samenvatting op hoofdpunten	vii
S Samenvatting	ix
S.1 Inleiding, vraagstelling, werkwijze	ix
S.2 Resultaten	x
S.2.1 Wat is ‘nieuw’ aan ‘Het Nieuwe Werken’?	x
S.2.2 Arbeidsovereenkomst	xi
S.2.3 Arbeidsomstandigheden	xi
S.2.4 Arbeidstijden	xv
S.2.5 Overige onderwerpen	xvii
S.2.6 Werkgeversaansprakelijkheid	xviii
1 Inleiding	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Onderzoeksvragen	2
1.3 Uitwerking van de onderzoeksvragen	3
1.4 Werkwijze	5
2 ‘Het Nieuwe Werken’ en de arbeidsovereenkomst	7
2.1 Het Nieuwe Werken	7
2.1.1 Wat is ‘Het Nieuwe Werken’?	7
2.1.2 Hoe ‘nieuw’ is ‘Het Nieuwe Werken’?	10
2.2 Arbeidsrechtelijke positie van de werker	11
2.3 De gezagsverhouding en ‘Het Nieuwe Werken’	13
2.3.1 Instructierecht	13
2.3.2 Contractuele afspraken	14
2.4 Conclusies	15
3 Arbeidsomstandigheden	17
3.1 Wettelijk kader	18
3.1.1 Internationale regels	19
3.1.2 Werkingssfeer van de Nederlandse arboregelgeving	22
3.2 De zorgplichten van de werkgever op grond van de Arbowet	25
3.2.1 Algemene beleidsverplichting van de werkgever	26
3.2.2 Nadere verplichtingen op grond van het Arbobesluit	29
3.3 Het Nieuwe Werken en de arboregelgeving	39
3.4 Ruimte voor aanpassing van het recht	51

4	Arbeidstijden	55
4.1	Juridisch kader	56
4.1.1	Nederlandse wet- en regelgeving	56
4.1.2	Internationale regels (verdragen, ILO, Europa)	56
4.2	Zorgplichten ten aanzien van arbeids- en rusttijden	62
4.2.1	Algemene verplichtingen	63
4.2.2	Normen voor rust- en arbeidstijden	64
4.2.3	Handhaving	66
4.3	Het Nieuwe Werken en de arbeidstijdenregelgeving	66
4.4	Ruimte voor aanpassing van het recht	68
5	Overige onderwerpen	71
5.1	Tijdsarrangementen	71
5.1.1	Wet arbeid en zorg	71
5.1.2	Wet aanpassing arbeidsduur	71
5.2	Medezeggenschap	72
5.2.1	Inleiding	72
5.2.2	Juridisch kader	73
6	Aansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade	77
6.1	Juridisch kader	77
6.2	(Werkgevers)aansprakelijkheid	84
6.3	Het Nieuwe Werken en de (werkgevers)aansprakelijkheid	92
6.4	Ruimte voor aanpassing van het recht	96

Voorwoord

Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (directie G&VW) heeft het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI), centrum voor onderzoek van ‘arbeid en recht’ van de Universiteit van Amsterdam, gevraagd onderzoek te doen naar de wijze waarop de arbeidsrechtelijke regelgeving in Nederland aansluit op nieuwe manieren van werken die wel worden aangeduid als ‘Het Nieuwe Werken’. Het onderhavige rapport is het resultaat van deze onderneming.

Bij het HSI heeft een team van onderzoekers met expertise op verschillende terreinen aan het project meegewerkt: mw. mr. J.A. de Groot, dhr. dr. R.H. van het Kaar, dhr. dr. R. Knegt, dhr. mr. G.J. Mulder, dhr. dr. J.R. Popma, mw. drs. M.H. Schaapman en dhr. prof. dr. E. Verhulp.

Van de zijde van het ministerie is het onderzoek begeleid door dhr. drs. P. van der Gaag en dhr. A. Weber en door een klankbordgroep waarvan deel uitmaakten mw. mr. S.I.A. Hensen, mw. mr. D. Stojkovic, dhr. mr. N.H. Veendam, dhr. dr. K. Stoker en dhr. drs. J. van der Veen. Wij danken hen graag voor hun bijdrage aan het project.

Tijdens een tweetal *expert meetings* die in december 2010 en februari 2011 zijn belegd, hebben wij een beroep kunnen doen op de ervaring en deskundigheid van een aantal personen die hetzij vanuit hun betrokkenheid bij de implementatie van ‘Het Nieuwe Werken’ in het bedrijfsleven, hetzij vanuit specifieke juridische expertise ons inzicht in de vraagstukken rond ‘Het Nieuwe Werken’ hebben verdiept. Wij danken daarvoor dhr. R. Groothuis, dhr. prof. dr. A.Ph.C.M. Jaspers, dhr. mr. dr. T. van Peijpe, dhr. E. Romijn, mw. A. Romijn, mw. mr. K. Schumacher, dhr. mr. R. van Steenbergen, mw. dr. M.S.A. Vegter en mw. B. van der Velden. De wijze waarop wij in dit rapport van hun ervaring en deskundigheid gebruik hebben gemaakt, blijft uiteraard voor rekening van het HSI.

Amsterdam, 10 maart 2011

dr. R. Knegt

Samenvatting op hoofdpunten

Het onderzoek is gericht op de verhouding tussen nieuwe arbeidspatronen, bekend onder de term ‘Het Nieuwe Werken’ (HNW) en de arbeidsrechtelijke regels in Nederland. *Hoofdvraag* van het onderzoek is: waar levert de arbeidsrechtelijke regelgeving knelpunten of onduidelijkheden op voor verhoudingen waarin op basis van HNW wordt gewerkt? Zo ja, welke mogelijkheden heeft de Nederlandse wetgever dan, mede gelet op internationaalrechtelijke verplichtingen, die knelpunten of onduidelijkheden weg te nemen? Ter beantwoording zijn regelgeving en jurisprudentie geanalyseerd, is verkend welke problemen zich in de praktijk voordoen en zijn experts geraadpleegd.

‘Het Nieuwe Werken’:

- presenteert zich als een manier van werken waarbij de keuze van de werkplek en veelal ook van de werktijden in hoge mate aan de werknemer wordt overgelaten
- HNW zou gunstig zijn voor het bedrijf (hogere productiviteit en creativiteit), voor de werknemer (arbeidsvreugde, combineren met zorgtaken), voor klanten (die ter plekke worden bediend) en het algemeen belang (minder files en CO₂-uitstoot).
- HNW brengt mee dat de werkgever minder direct toezicht kan houden op wat de werknemer op welke wijze doet en meer resultaatgerichte afspraken gaat maken.
- HNW is *niet* nieuw in zoverre autonoom werken onder het gezag van, maar buiten het gezichtsveld van de werkgever zowel in het verleden (*putting-out system* in de nijverheid) als recentelijk (transport, reparatie enz.) veel voorkwam en voorkomt;
- HNW is *wel* nieuw in een ruim gebruik van ICT-mogelijkheden (thuis werken of met de laptop in het park) en in de intensiteit en extensie die een toenemend aantal ondernemingen eraan geeft
- Bij HNW wordt niet *vanzelf* gelet op adequate arbeidsomstandigheden en dat roept de vraag op hoe het Nederlandse arbeidsrecht en HNW-praktijken zich verdragen.

Het Nederlandse arbeidsrecht:

- levert het regelgevend kader voor de verhouding tussen werkgever en werknemer – de rechtsvorm ‘arbeidsovereenkomst’ wordt ook in deze ‘nieuwe’ situatie benut;
- De gezagsverhouding die in de arbeidsovereenkomst besloten ligt, impliceert het instructierecht van de werkgever die in beginsel bepaalt waar de werknemer werkt; als dat thuis is, moet dat in redelijkheid van de werknemer kunnen worden gevergd;
- Zij impliceert ook de zorgplicht van de werkgever voor veilige en gezonde werkomstandigheden, ook als het werk elders, buiten zijn gezichtsveld wordt verricht (risico’s inventariseren, middelen verschaffen, toezien op veiligheid en gezondheid) De internationaalrechtelijke kaders laten betrekkelijk weinig ruimte om af te zien van de naleving van de regels op het gebied van veiligheid en gezondheid – ook niet als werkgever en werknemer hier beiden mee akkoord zouden gaan;
- Voor ‘thuiswerk’ en de ‘beeldschermwerkplek’ geldt een aantal bijzondere regels;
- De werkgever is eveneens onverminderd gehouden erop toe te zien dat maximale arbeidstijden niet worden overschreden en rustperiodes in acht worden genomen;
- Het plaatsongebonden karakter van HNW brengt mee dat vaker een combinatie van voorlichting over risico’s, registratie van tijden door de werknemer zelf en regelmatige functioneringsgesprekken de invulling zal zijn die werkgevers aan hun zorgplicht ten aanzien van arbeids- en rusttijden zullen geven;

- De jurisprudentie maakt duidelijk dat de zorgplicht van werkgevers zich ook uitstrekt over de thuiswerkplek en dat tekortkomingen in de werkplek of excessieve arbeidstijden thuis ook aansprakelijkheid van de werkgever (ex art. 7:658 BW) kunnen meebrengen;
- Voor zover de werkgever niet rechtstreeks invloed kan uitoefenen op werkomstandigheden elders, zal hij niettemin de risico's moeten inventariseren, werknemers zo nodig moeten waarschuwen en er zorg voor dragen dat zij behoorlijk verzekerd zijn tegen de geldelijke gevolgen van het intreden van die risico's;
- Ten einde uitvoering te kunnen geven aan zijn zorgplicht, zal de werkgever ook toezicht moeten kunnen houden. Indien dit ook toegang tot de thuiswerkplek vereist en de werknemer die toegang weigert, zal de consequentie moeten zijn dat de werkgever thuiswerk verbiedt;
- Ten aanzien van de Wet aanpassing arbeidsduur en de Wet arbeid en zorg zijn de consequenties van HNW beperkt;
- Ook voor ondernemingsraden heeft HNW beperkte gevolgen; de invoering van HNW in een onderneming zal vaak adviesplichtig zijn en er kunnen praktische problemen uit voortvloeien voor het overleg en het raadplegen van de achterban.

Knelpunten en eventuele oplossingsrichtingen:

- Het Arbobesluit (art. 5.8) is niet duidelijk over de uitzondering ten aanzien van 'draagbare systemen' die 'niet aanhoudend worden gebruikt'; volgens geldend recht brengt elk beeldschermwerk dat per dag meer dan twee uur omvat, volledige toepasselijkheid van de normen omtrent beeldschermwerkplekken mee;
- De implementatie van ILO-Verdrag 177 in de Nederlandse wetgeving vertoont gebreken: uitzonderingen die ten aanzien van 'thuiswerk' worden gemaakt verdragen zich niet met het Verdrag, terwijl de definitie van 'thuiswerk' beperkter is dan de definitie in het Verdrag die óók de door de werknemer buitenshuis gekozen werkplek omvat. Een op zich terechte verruiming van de definitie zou zich in combinatie met die uitzonderingen niet verdragen met de geest van het Verdrag;
- Als het plaatsongebonden karakter van HNW meebrengt dat thuiswerkers zelf hun werk- en rusttijden dienen te registreren, kan de betrouwbaarheid van deze registratie - die anders dan bijvoorbeeld bij het wegtransport niet in de openbare sfeer plaatsheeft - lijden onder de gezagsverhouding (bijvoorbeeld: te hoog gestelde targets worden gehaald ten koste van met het oog op promotiekansen niet geregistreerde uren);
- De Arbeidstijdenrichtlijn biedt een aantal mogelijkheden tot beperking van haar toepasselijkheid, met name in die gevallen waarin de keuze van werkplek en werktijden *geheel* aan werknemers wordt overgelaten en via de opt-out-regeling (art. 22);
- Ten aanzien van de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de zorgplicht van de werkgever wordt het bij tijdsongebonden werken lastiger onderscheid te maken tussen 'werktijd' en privé; als zou blijken dat de bestaande regelgeving en jurisprudentie ten aanzien van de zorgplicht voor de praktijk onvoldoende duidelijkheid bieden, zou precisering van art. 7:658 kunnen worden overwogen;
- HNW zou aanleiding kunnen zijn ten aanzien van de medezeggenschap te bezien of een aanvulling van de aanbevelingen van de SER over bijzondere groepen werknemers nuttig zou zijn;
- In het algemeen zijn er voor sociale partners diverse mogelijkheden bij CAO nadere afspraken te maken, bijvoorbeeld op grond van artikel 18 van de Arbeidstijdenrichtlijn.

S Samenvatting

S.1 INLEIDING, VRAAGSTELLING, WERKWIJZE

Onder het motto van ‘Het Nieuwe Werken’ (HNW) wordt een aantal verschillende nieuwe manieren van werken gepropageerd en deels in praktijk gebracht. Ze hebben gemeenschappelijk dat afstand wordt genomen van een vast, ‘oud’ arbeidspatroon waarbij werknemers naar een centrale vestiging gaan om daar ‘van 9 tot 5’ hun werk te doen, en dat ze zich – maar dan in wisselende mate – kenmerken door vormen van ‘plaats- en tijdongebonden werken’.

HNW kan dus verschillende vormen aannemen. In sommige bedrijven wordt alleen bevorderd dat werknemers vaker thuis gaan werken, bijvoorbeeld omdat dat gunstig zou zijn voor de productiviteit of bespaart op kantoorruimte. Bij anderen wordt bevorderd dat medewerkers op pad gaan om de klanten ter plekke te bedienen. Weer anderen richten hun gebouw zo in dat een diversiteit aan werkplekken ontstaat (variërend ‘van barkruk tot stille cel’) die werknemers al naar gelang hun activiteit van dat moment kunnen gebruiken. En ten slotte, in de meest vergaande variant, zijn er ondernemingen die het geheel aan hun werknemers overlaten waar, en op welke tijden zij willen werken. De reeks van voordelen die volgens de voorstanders met invoering van HNW gepaard zou gaan, omvat niet alleen een grotere creativiteit en productiviteit in het werk, een toegenomen arbeidsvreugde of een betere combineerbaarheid van de arbeid met zorgtaken, maar ook het opheffen van het fileprobleem op de Nederlandse wegen en een bijdrage aan reductie van de CO₂-uitstoot.

Vanuit verschillende maatschappelijke organisaties en via Kamervragen (van de leden Timmer en Vermeij, 29 maart 2010) is de vraag opgeworpen of de arbeidsrechtelijke regelgeving in Nederland, in het bijzonder op het gebied van de arbeidsomstandigheden, niet belemmerend werkt op de ontwikkeling van HNW. Daarop heeft de Minister van SZW toegezegd te doen nagaan of de nationale wetgeving voldoende is toegesneden op de trend van HNW. Het onderhavige rapport is het resultaat van die onderneming, waartoe het Hugo Sinzheimer Instituut, centrum voor onderzoek van ‘arbeid en recht’ van de Universiteit van Amsterdam, van het ministerie van SZW opdracht heeft gekregen.

De vraagstelling van het onderzoek kan kort als volgt worden weergegeven:

- (a) welke elementen van de arbeidsrechtelijke regelgeving leveren belemmeringen of onduidelijkheden op in de verantwoordelijkheden van werkgever en werknemer onder verhoudingen waarin op basis van HNW wordt gewerkt?
- (b) welke mogelijkheden zijn er dan om, onder de afwijkende condities van HNW en rekening houdend met de te beschermen belangen (veiligheid, gezondheid enz.), aan die verantwoordelijkheden gestalte te geven?
- (c) in hoeverre laat, daar waar sprake is van belemmeringen of onduidelijkheden, de internationale regelgeving de Nederlandse wetgever ruimte tot eventuele aanpassing van nationale regels?

(d) en, tenslotte, welke mogelijkheden zijn er, als we met het voorgaande rekening houden, voor de Nederlandse wetgever die belemmeringen en onduidelijkheden weg te nemen?

In het kader van het onderzoek heeft een aantal experts zich over de verhouding tussen HNW en geldend arbeidsrecht gebogen op een vijftal terreinen: de arbeids-overeenkomst, arbeidsomstandigheden, arbeidstijden, werkgeversaansprakelijkheid en medezeggenschap. Ter ondersteuning zijn twee *expert meetings* belegd, waar een achttal personen die hetzij vanuit hun betrokkenheid bij HNW-projecten in de praktijk hetzij vanuit hun bijzondere juridische expertise bij de problematiek betrokken zijn, een bijdrage hebben geleverd aan het project.

S.2 RESULTATEN

De resultaten van het project worden hier samengevat. Allereerst wordt kort ingegaan op de vraag wat er ‘nieuw’ is aan ‘Het Nieuwe Werken’. Vervolgens worden de conclusies van het project voor elk van de genoemde vijf deel terreinen samengevat.

S.2.1 WAT IS ‘NIEUW’ AAN ‘HET NIEUWE WERKEN’?

Om de veranderingen in de werksituatie die ‘Het Nieuwe Werken’ mee zou brengen in hun verhouding tot het arbeidsrecht te kunnen bepalen, is eerst de vraag aan de orde gesteld wat er ‘nieuw’ is aan HNW. Eerst: wat is er *niet* nieuw?

In een historisch perspectief kan worden vastgesteld dat de situatie dat ondernemingen een groot aantal werkers omvatten die ten behoeve van de onderneming thuis hun werk verrichten, bepaald niet nieuw is en met name in de manufactuur en beginnende industrie van de tweede helft van de 18^e en de eerste helft van de 19^e eeuw zeer gebruikelijk was. Vanuit historisch oogpunt is het eerder uitzonderlijk te noemen dat de afgelopen 130 jaar de productie zulke gecentraliseerde organisatievormen heeft aangenomen. Hoewel de situatie toen en nu zich op diverse punten lastig laten vergelijken, kan op twee saillante gegevens worden gewezen: (1) de ervaring van de werker van een zekere vrijheid en controle over zijn werktijden was in de toenmalige verhouding een belangrijke issue en (2) het moment van leveren c.q., vaststellen of de afgesproken *targets* waren gehaald, werd een cruciaal moment in de verhouding tussen partijen en kon daardoor een bij uitstek conflictueus karakter krijgen.

Ook in de recente arbeidsverhoudingen is de situatie dat een onderneming de zorg en verantwoordelijkheid heeft voor de arbeidsomstandigheden, maar haar werknemers hun werkzaamheden elders, buiten haar gezichtsveld verrichten, niet nieuw: in de transportsector, bijvoorbeeld, is dat op grote schaal aan de orde en zijn ook ‘oplossingen’ voor dit probleem ontwikkeld. Ook thuiswerken is een fenomeen dat al sinds de jaren negentig onder de naam ‘telewerken’ veel aandacht heeft getrokken.

Wel nieuw aan HNW zijn vooral drie aspecten. Ten eerste de plaatsongebondenheid, voor zover die niet alleen bestaat in thuis werken of ‘buitenshuis’ de klant bedienen, maar ondernemingen de diversiteit van werkplekken actief bevorderen. Ten tweede de tijdongebondenheid: waar ‘telewerken’ toch vooral iets was dat je op vaste werktijden thuis deed, benadrukt HNW de flexibiliteit in het afwisselen van werk met andere tijdsbestedingen. En wat ten derde nieuw is, is het structurele karakter en daarmee de grotere omvang van de toepassing van deze vormen van flexibiliteit in het werk.

Deels is HNW dus te beschouwen als een intensivering en extensivering van vormen van diversiteit waar we in sommige sectoren van bedrijvigheid al vertrouwd mee zijn, deels brengt zij vormen van werken op nieuwe werkplekken en misschien wel vooral op veel meer diverse tijden mee die ons voor nieuwe vragen zouden kunnen stellen.

S.2.2 ARBEIDSOVEREENKOMST

In het kader van HNW wordt autonomie van de werker belangrijk gevonden maar wordt tegelijk *commitment* aan de onderneming hoog geschat; daarom blijft de arbeidsovereenkomst de juridische vorm van de arbeidsverhouding. De ‘gezagsverhouding’ die element daarvan is, het daaruit voortvloeiende instructierecht van de werkgever en de zeggenschap die de werkgever heeft over de omstandigheden waaronder de werknemer zijn werk moet verrichten, leiden ertoe dat aan de werkgever een sterkere mate van verantwoordelijkheid wordt toegeschreven voor die omstandigheden. Omdat de veiligheid en gezondheid van werknemers mede afhankelijk is van de manier waarop een werkgever met die verantwoordelijkheid omgaat, omdat het veelal moeilijker is voor werknemers de risico’s van die omstandigheden te kennen, en bovendien de materiële afhankelijkheid van werknemers meebrengt dat het niet vanzelfsprekend is dat zij hierin hun belangen zelf binnen de contractuele verhouding adequaat weten te behartigen, is die verantwoordelijkheid ook juridisch geregeld.

In hoeverre kan een werkgever werknemers tot HNW verplichten? Op grond van het instructierecht kan de werkgever in beginsel eenzijdig de werkplek en de arbeidstijden van de werknemer bepalen; op beide punten is - verplichtingen tot overleg met de ondernemingsraad even daargelaten - op individueel niveau geen toestemming van de werknemer nodig. Het instructierecht wordt beperkt door eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) en door eventuele contractuele afspraken. Het eenzijdig wijzigingsbeding, dat vaak in de overeenkomst wordt opgenomen, geeft de werkgever de mogelijkheid HNW op te leggen, tenzij legitieme belangen van de werknemer zich daartegen zouden verzetten. Ook zonder dat beding heeft de werknemer de verplichting redelijke verzoeken tot wijziging van de werkomstandigheden te honoreren.

In het algemeen zal het bij het invoeren van HNW mogelijk blijven ‘op kantoor’ te werken, zij het dat die mogelijkheden zowel in ruimte (er zijn soms onvoldoende werkplekken, zodat werknemers die laat op kantoor komen het risico lopen geen echte werkplek meer te kunnen vinden) als in faciliteiten (het zal gaan om flexplekken) vaak beperkter zijn dan zij voor de invoering van HNW waren. Door het handhaven van faciliteiten zullen werkgevers aan de bezwaren van werknemers tegen het thuiswerken tegemoet komen. Onder die voorwaarde is het voor een werknemer moeilijk om zwaarwegende belangen tegen de wijziging van de arbeidsplek aan te voeren.

Het instructierecht van de werkgever brengt mee dat de werknemer in het algemeen juridisch geen aanspraak kan maken op ‘thuiswerken’, behalve wanneer bijzondere regelingen hem die aanspraak zouden geven.

S.2.3 ARBEIDSOMSTANDIGHEDEN

Alle werknemers, ongeacht de specifieke omstandigheden waaronder zij werken, hebben recht op veilige, gezonde en waardige arbeid. Uitgangspunt van de regelgeving is dan ook een ruime zorgplicht van de werkgever, ook ten aanzien van werknemers die

op wisselende locaties werken. Binnen het raamwerk van de Nederlandse arbowetgeving is expliciet ruimte gemaakt voor ‘maatwerk’ dat in belangrijke mate op ondernemingsniveau moet worden gerealiseerd.

De Nederlandse wettelijke regeling op dit terrein, neergelegd in Arbowet, Arbobesluit en arboregeling, is voor een belangrijk deel een implementatie van Europese Richtlijnen (m.n. de Kaderrichtlijn 89/391/EEG) en van ILO-conventie 177 die werkgevers verplicht thuiswerkers dezelfde arbeidsbescherming te bieden als andere werknemers. Noch de Kaderrichtlijn noch bijzondere richtlijnen bevatten beperkingen ten aanzien van thuiswerkers of werk op bijzondere locaties; afgezien van huispersoneel worden *alle* werknemers beschermd.

Op grond van artikel 3 Arbowet heeft de werkgever een publiekrechtelijke zorgplicht voor de veiligheid en gezondheid van werknemers inzake *alle* met de arbeid verbonden aspecten. Zij heeft een civielrechtelijke pendant in artikel 7:658 BW. De zorgplicht dient in het algemeen ruim te worden uitgelegd. Zo wordt onder ‘arbeidsplaats’ iedere plaats verstaan die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt. Dat impliceert dat de beleidsverplichtingen en normatieve bepalingen in principe onverkort gelden, los van de plaats waar de werkzaamheden worden uitgevoerd. Het arbeidsomstandighedenbeleid dient gebaseerd te zijn op een schriftelijke risico-inventarisatie en –evaluatie.

Deze algemene verplichtingen gelden ook ten aanzien van thuiswerk. De Nederlandse arbowetgeving kent een ruime werkingssfeer; zij is van toepassing op werkgevers en werknemers in de private en in de publieke sector, enkele in het Arbobesluit opgenomen specifieke uitzonderingen daargelaten. In het Arbobesluit (art. 1.43) wordt thuiswerk uitgezonderd van de toepasselijkheid van het besluit, tenzij uitdrukkelijk regels voor thuiswerk zijn gesteld. Thuiswerker is wie in een woning op grond van een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling dan wel onder gezag arbeid verricht (behalve werk aan die woning zelf of van verplegende of verzorgende aard) en in sommige gevallen ook wie dat niet onder gezag doet (tenzij hij zich als zelfstandige regelmatig verplicht ten opzichte van derden). Nu ILO-Verdrag 177 beoogt het thuiswerk zoveel mogelijk onder dezelfde bescherming te brengen als arbeid binnen bedrijfsvestigingen, en het Nederlandse Arbobesluit juist een aantal normen *niet* op thuiswerk van toepassing verklaart, is het de vraag of het Verdrag wel op de juiste wijze in de nationale wetgeving is verwerkt. Ook is de definitie van ‘thuiswerk’ in het Verdrag ruimer dan in het Arbobesluit – namelijk “in een andere ruimte van zijn of haar keuze die niet de arbeidsplaats van de werkgever is”. Dit biedt aanknopingspunten voor andere plaatsongebonden werkzaamheden die niet direct onder de Nederlandse definitie van thuiswerk vallen.

Een gerichte analyse wijst uit dat de bepalingen over het gebruik van arbeidsmiddelen (hoofdstuk 7, afd. 1-3 Arbobesluit) integraal van toepassing zijn op thuiswerkers. Hetzelfde geldt voor het werken met gevaarlijke stoffen (hoofdstuk 4), voor zover dat thuis is toegestaan (art. 4.110), voor persoonlijke beschermingsmiddelen en bepalingen met betrekking tot fysieke belasting. De bepalingen van hoofdstuk 6 van het Arbobesluit zijn echter, met uitzondering van een bepaling over verlichting (art. 6.30), niet van toepassing op thuiswerkers; het is opmerkelijk dat bijvoorbeeld de risico’s van lawaai niet zijn gedekt, terwijl de Richtlijn daar wel reden toe geeft. De vraag of alle bijzondere Richtlijnen wel juist zijn geïmplementeerd is echter een vraag die het kader van het voorliggende onderzoek te buiten gaat.

De Richtlijn Arbeidsplaatsen (89/654/EEG) geeft een definitie waarin ‘arbeidsplaats’ beperkt is tot het gebouw of terrein van de onderneming, hetgeen impliciet is overgenomen in hoofdstuk 3 van het Arbobesluit dat niet van toepassing is op thuiswerk.. De Arbowet daarentegen (art. 1 lid 3 onder g) geeft een ruimere definitie: iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt. Nu de definitie van ‘arbeidsplaats’ niet eenduidig is, kan worden geconcludeerd dat een nadere uitwerking van de definitie van arbeidsplaatsen buiten gebouwen van de onderneming wenselijk is.

De in het in het kader van HNW zo belangrijke beeldschermwerkplek wordt in de Richtlijn ruim gedefinieerd en omvat met name ook ‘de onmiddellijke werkomgeving’ van het beeldscherm, ongeacht waar dit zich bevindt. Stoel, werkvlak, regulering van lichtbronnen en het voorkomen van hinderlijke reflecties op het beeldscherm horen daarbij. De werkgever is ook gehouden in de risico-inventarisatie en –evaluatie aandacht te schenken aan de risico’s die met plaatsongebonden beeldschermwerk verbonden zijn. De verplichting tot afwisseling van beeldschermwerk met andersoortige arbeid (art. 5.10 jo. 5.14 Arbobesluit) geldt evenzeer voor werknemers die thuis of elders beeldschermwerk verrichten. In beginsel moet de werkgever voor werknemers die regelmatig thuis werken de middelen ter beschikking stellen om te zorgen dat aan de eisen met betrekking tot de beeldschermwerkplek wordt voldaan, tenzij de thuiswerker zelf daar al voor heeft gezorgd. Zelf aangeschafte apparatuur moet uiteraard wel voldoen aan de daaraan gestelde eisen. Echter, artikel 5.8 Arbobesluit zondert van de werking van deze bepalingen uit “zogenoemde draagbare systemen die niet aanhoudend worden gebruikt op de werkplek” (in aansluiting bij een vergelijkbare uitzondering in art. 1 lid 3 onder d van de Richtlijn). Wat een ‘draagbaar systeem’ is en wat in dit verband ‘aanhoudend’ is, is voor meerdere uitleg vatbaar. Bij een strikte lezing is alleen incidenteel gebruik gevrijwaard en valt al het overige beeldschermwerk onder de bovengenoemde bepalingen. De bepalingen in het Besluit zijn niet van toepassing indien gewoonlijk minder dan twee uur per etmaal achter een beeldscherm wordt gewerkt. Dit laat dus enige ruimte voor plaatsongebonden werk in het kader van Het Nieuwe Werken. Indien langer dan twee uur per dag beeldschermwerk wordt verricht, dienen de normen omtrent beeldschermwerkplekken echter wel degelijk te worden gerespecteerd.

Regulering van arbeidsomstandigheden en HNW

Op welke punten levert HNW met betrekking tot de arboregelgeving problemen op? Voorop staat dat HNW de werkgever *niet* ontslaat van zijn zorgplicht ten opzichte van de werknemer. Sterker nog: verwacht mag worden dat in de verplichte risico-inventarisatie en -evaluatie specifiek aandacht wordt besteed aan eventuele (extra) risico’s van plaatsongebonden arbeid. Evenzeer zal de werkgever de ‘nieuwe werker’ - en misschien zelfs, gezien de extra risico’s, met extra aandacht – moeten voorlichten over de risico’s en de maatregelen die in dat verband moeten worden getroffen.

Het recht van de werknemer op toegang tot deskundigen (art. 13-14a Arbowet) roept omgekeerd de vraag op in hoeverre die deskundigen ook toegang hebben tot de thuiswerkplek. Hierbij zal een afweging gemaakt moeten worden tussen het recht op privacy van de werknemer en de zorgplicht van de werkgever. Modaliteiten van toezicht (personeelsvolgsystemen) behoeven instemming van de OR of pv. Als een werknemer zich omwille van zijn privacy verzet tegen toezicht in de thuissituatie, zal

nakoming van de zorgplicht meebrengen dat de werkgever die werknemer thuiswerk verbiedt. Aan de andere kant kan het probleem van toezicht ook worden opgelost door een combinatie van voorlichting en een goed systeem van functioneringsgesprekken.

De Minister van SZW heeft bij de behandeling van het Besluit Thuiswerk het standpunt ingenomen dat de werkgever de mogelijkheid moet hebben de thuiswerkplek te betreden; hij zou dit contractueel kunnen vastleggen en aldus de mogelijkheid hebben om, als de werknemer een redelijk verzoek tot toegang blijft weigeren, de overeenkomst met de thuiswerker op die grond te beëindigen. Het toezicht beperkt zich dan tot de inrichting van de werkplek, of de thuiswerker daar vervolgens goed mee omgaat, kan hij niet rechtstreeks controleren.

Als uit een risicoinventarisatie en –evaluatie blijkt dat de (thuis)werkplek niet geschikt is, dient de werkgever zorg te dragen voor aanpassing van de werkplek. De kosten zijn voor rekening van de werkgever; artikel 44 Arbowet verbiedt immers dat kosten verbonden aan de naleving van de arboregels ten laste van werknemers worden gebracht. Mocht de werknemer geen toestemming geven voor aanpassing van de thuiswerkplek, dan is de consequentie dat thuiswerk niet mogelijk is. De eventuele constructie dat de werknemer met medeweten van de werkgever ‘op eigen risico’ thuis zou werken onder omstandigheden waarvan niet vastgesteld kan worden of ze adequaat zijn, is niet acceptabel. De aansprakelijkheid van de werkgever kan hier ook niet worden ‘weggecontracteerd’.

Het begrip ‘arbeidsplaats’ (“iedere plaats die ... wordt gebruikt”) is ruimer dan het begrip ‘werkplek’ dat samenhangt met de EG-Richtlijn Beeldschermwerk. Nu hoofdstuk 3 van het Arbobesluit niet van toepassing is op thuiswerk, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de zorgplicht van de werkgever voor de inrichting van die arbeidsplaats niet verder reikt dan de werkplek of specifieke werkzaamheden. Een ruimere opvatting van die zorgplicht zou al gauw kunnen botsen met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer, in die zin dat de werknemer ook andere plekken in huis aangepast zouden moeten worden. Een dergelijk verrijkende invulling van de zorgplicht lijkt niet redelijk – noch ten aanzien van de werkgever, noch ten aanzien van de thuiswerker.

Voor andere plaatsongebonden werkzaamheden (anders dan thuiswerk) zijn de bepalingen duidelijk en beperken de eventuele interpretatieproblemen zich tot beeldschermwerk. Alleen indien incidenteel (korter dan twee uur) op een bepaalde plek beeldschermwerk wordt verricht, zijn de normen niet van toepassing; zodra op die locaties vaker en langer (“aanhoudend”) beeldschermwerk wordt verricht, zullen die locaties op grond van de zorgplicht van de werkgever wel aan de normen moeten voldoen. Als sprake is van ‘thuiswerk’, is het Arbobesluit slechts gedeeltelijk van toepassing; voor alle overige situaties zijn de verplichtingen van de werkgever ruimer. Wel is bij veel van de verplichtingen de nadere bepaling opgenomen ‘voor zover dit redelijkerwijs van de werkgever kan worden verlangd’. Het voldoen aan wettelijke normen kan slechts dan niet worden geëist, indien dit redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd.

De beperking van de uitzondering tot ‘thuiswerk’ wil zeggen dat *andere* vormen van plaatsongebonden werken, waarbij bijvoorbeeld de werknemer telkens op verschillende adressen werk moet verrichten, in principe onder het volledig regiem van de Arbowetgeving vallen - dus ook dus als het aan de werknemer wordt overgelaten zijn werkplek te kiezen. Deze wat merkwaardige situatie is mede daaraan te wijten dat de

Nederlandse wetgever een definitie van ‘thuiswerk’ hanteert die enger is dan die in het ILO-Verdrag betreffende thuiswerk (art. 1 lid 1 onder i) die mede ‘werk ... verricht ... in een andere ruimte van zijn of haar keuze’ omvat. In het kader van HNW lijkt dit een ongewenste verenging van de definitie van ‘thuiswerk’.

Mogelijkheden voor aanpassing

De meeste van de hierboven behandelde ‘knelpunten’ zijn betrekkelijk marginaal. In het merendeel van de gevallen zullen de onduidelijkheden en ‘belemmeringen’ kunnen worden weggenomen door het maken van praktische afspraken tussen werkgever en werknemer(s). Dit kan binnen de bestaande kaders van de wet- en regelgeving, waarbij van strijdigheid met Europese regels niet is gebleken.

Het enige punt waar serieus sprake zou kunnen zijn van belemmeringen voor de introductie van Het Nieuwe Werken betreft de classificatie van plaatsongebonden arbeid anders dan thuiswerk. De oplossing zou zijn de definitie van ‘thuiswerk’ meer in lijn te brengen met de definitie in ILO Verdrag 177 en ook werkzaamheden “in een andere ruimte van zijn of haar keuze die niet de arbeidsplaats van de werkgever is” onder de definitie te scharen. Heeft de werknemer vrije keuze van werkplek, dan is in dat geval het regime van de thuiswerksituatie van kracht. Een dergelijke ‘oprekking’ van de definitie van thuiswerk verdraagt zich uitstekend met de internationale regels – niet alleen met het ILO-Verdrag, maar ook met de Europese Richtlijnen. Weliswaar beogen de richtlijnen de gelijke bescherming van alle werknemers, maar die wordt op een aantal punten na ook geboden. Het belangrijkste verschil tussen ‘gewone’ werknemers en ‘thuiswerkers’ (nu opgevat in ruimere zin) is dan gelegen in het niet van toepassing zijn van hoofdstuk 3 Arbobesluit. Een dergelijke inperking is toegestaan, nu de Richtlijn Arbeidsplaatsen blijkens de definitie louter beoogt de werkplekken *in gebouwen van de onderneming en/of inrichting* te reguleren.

De eigen keuze van een werknemer om zich te scharen onder het regime van Het Nieuwe Werken betekent *niet* dat daarmee ook de finale verantwoordelijkheid voor de veiligheid en gezondheid bij de werknemer zélf komt te liggen. Het Nieuwe Werken ontslaat de werkgever *niet* van zijn zorgplicht – in tegendeel. Juist omdat Het Nieuwe Werken een aantal *praktische* problemen kan opleveren met betrekking tot de arbeidsomstandigheden van de betrokken werknemers, heeft de werkgever een belangrijke taak: de werkgever zal zich actief dienen te oriënteren op de eventuele risico’s van Het Nieuwe Werken, en heeft een navenante verantwoordelijkheid voor voorlichting en onderricht van de werknemers. De werkgever heeft een zorgplicht voor alle werknemers, die mogelijk zelfs zwaarder weegt ten aanzien van werknemers die zich begeven in werksituaties die meer, en minder overzichtelijke, risico’s met zich kunnen brengen dan ‘gewoon werk’.

S.2.4 ARBEIDSTIJDEN

De in 1996 in werking getreden Arbeidstijdenwet en de per 1 april 2007 sterk aangepaste systematiek van deze wet zijn in Nederland bepalend voor de regeling van de (maximale) arbeidstijden en (minimale) rusttijden en een reeks van nadere normen. Zij geven mede uitvoering aan een reeks van internationale regels, waaronder ILO-Verdragen 14 en 106, het Europees Sociaal Handvest, de Arbeidstijdenrichtlijn (2003/88/EG) en de Jongerenrichtlijn (94/33/EG). Sinds het Verdrag van Lissabon is

het recht op beperking van de arbeidsduur, op dagelijkse en wekelijkse rusttijden en op betaalde vakantie bindend vastgelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

De Arbeidstijdenrichtlijn is van toepassing op ‘werknemers’ en dat wil zeggen op ‘ieder die door een werkgever te werk wordt gesteld, alsmede stagiairs en leerlingen, met uitzondering van huispersoneel’. Zij geldt niet voor bepaalde uitzonderlijke activiteiten en ook niet voor zelfstandigen. Onder ‘arbeidstijd’ verstaat de Richtlijn de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking staat van de werkgever en zijn werkzaamheden of functie uitoefent. Ook de tijd gedurende welke men zich (eventueel slapend) op de werkplek beschikbaar houdt voor werk (‘aanwezigheidsdienst’) geldt als arbeidstijd.

Lidstaten hebben een reeks mogelijkheden tot ‘derogatie’ (het niet van toepassing doen zijn) van bepalingen van de Richtlijn, onder meer ten aanzien van werknemers van wie “de duur van de arbeidstijd wegens de bijzondere kenmerken van de verrichte werkzaamheden niet wordt gemeten en/of vooraf bepaald, of door de werknemers zelf kan worden bepaald, en met name wanneer het gaat om: (a) leidinggevend personeel of andere personen met een autonome beslissingsbevoegdheid; (...)”. In Nederland is dat geoperationaliseerd door in het Arbeidstijdenbesluit (art. 2.1) een loongrens van driemaal het minimumloon op te nemen waarboven de bepalingen met betrekking tot arbeids- en rusttijden niet van toepassing zijn. Verder is nog een aantal bijzondere categorieën uitgezonderd. Daarnaast biedt artikel 22 van de Arbeidstijdenrichtlijn een individuele *opt out*-regeling, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, waaronder die van de expliciete, volledig vrije instemming van de werknemer met een wekelijkse arbeidstijd van meer dan 48 uur.

De Arbeidstijdenwet (Atw) legt de werkgever een aantal algemene verplichtingen op en bevat een reeks van normen voor minimale rust- en maximale arbeidstijden. Tot de algemene verplichtingen behoort het voeren van een zo goed mogelijk beleid ten aanzien van de arbeids- en rusttijden van werknemers, waarbij hij, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd mag worden, rekening houdt met persoonlijke omstandigheden van die werknemers. Met dit laatste wordt invulling gegeven aan de tweede doelstelling van de Atw, het bevorderen van de combinatie van arbeid met zorgtaken en andere verantwoordelijkheden buiten de arbeid. De werkgever dient de ‘arbeidstijdenpatronen’ schriftelijk kenbaar te maken en is verplicht zorg te dragen voor een deugdelijke registratie van arbeids- en rusttijden van werknemers.

De specifieke normen hebben betrekking op (minimale) rusttijden, (maximale) arbeidstijden, (minimale) pauzes, zondagsarbeid, nachtarbeid en consignatiediensten; de afzonderlijke normen zijn in paragraaf 5.2.2 van het rapport kort uiteengezet en worden hier niet gereproduceerd. De handhaving van de normen ligt sinds de invoering van de Atw voor een groot deel in handen van de betrokken partijen in het bedrijfsleven; de Arbeidsinspectie ziet vrijwel uitsluitend toe op overtredingen die de ‘buitenste’ marges overschrijden.

Regulering van arbeidstijden en HNW

De normen zijn onverkort van toepassing op nieuwe werksituaties die met HNW worden aangeduid, maar het tijd- en plaatsongebonden karakter maakt vooral toezicht door de werkgever lastiger. HNW is in zoverre niet nieuw dat (a) ook op een centrale locatie dat toezicht niet zelden alleen maar *kán* worden - maar feitelijk niet (voldoende)

wordt uitgeoefend en (b) werkgevers in diverse sectoren (transport, reparatie) al lang te maken hebben met werknemers voor wie ze verantwoordelijk zijn maar die elders hun werk verrichten. HNW is wel nieuw in zoverre een grote mate van flexibilisering van arbeidstijd wordt bevorderd. HNW draagt in die zin waarschijnlijk bij aan het realiseren van een betere afstemming van arbeidstijd op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Maar het ontslaat de werkgever niet van de plicht tot afstemming op die persoonlijke omstandigheden.

Een eerste knelpunt kan bestaan in de plicht van de werkgever tot deugdelijke registratie van arbeids- en rusttijden. Het plaatsongebonden karakter van HNW brengt mee dat daaraan op een ander wijze invulling moet worden gegeven. Denkbaar is dat de werknemer hier deels een eigen verantwoordelijkheid in krijgt, zoals die nu al bestaat in het wegvervoer, de binnenvaart, het loodswezen en het luchtverkeer. Voor zover het thuiswerk betreft, verschilt die private werksituatie wel van de genoemde die zich alle in de publieke sfeer bevinden waar toezichthouders de registratie kunnen controleren. De gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer brengt mee dat correcte registratie door de werknemer zelf geen vanzelfsprekendheid is.

Waar minder rechtstreeks toezicht mogelijk is, zal het accent meer op de risico-inventarisatie en –evaluatie en op het informeren en voorlichten van werknemers komen te liggen. Een combinatie van een systeem van eigen registratie van arbeids- en rusttijden en een goed systeem van functioneringsgesprekken waarin de gegevens uit deze registratie onderwerp van gesprek zijn, lijkt in HNW-situaties aan de zorgplicht van de werkgever invulling te kunnen geven.

Mogelijkheden voor aanpassing

Terwijl herziening van de Arbeidstijdenrichtlijn zelf nog steeds op de agenda van de EU staat (zie COM(2010)106), biedt de bestaande Richtlijn al een aantal mogelijkheden aan haar toepasselijkheid te ontkomen. Mogelijkheden daartoe liggen in het werkgeversbegrip, dat dermate nauw aansluit bij zeggenschap over de fysieke werkomgeving dat het de vraag is of de verantwoordelijkheid zich tot de thuiswerkplek moet uitstrekken, in de derogatiemogelijkheid voor de situatie waarin de werktijden geheel door de werknemer kunnen worden bepaald, in de mogelijkheid bij CAO af te wijken van een reeks van normen en in de *opt out*-mogelijkheid van artikel 22 van de Richtlijn.

Het belang ‘de negatieve effecten van het overwerk te compenseren die het gevolg zouden kunnen zijn van ongereguleerde individuele transacties’ (formulering van de Commissie) zou wel vereisen dat ten aanzien van werkers die aldus aan het regiem worden onttrokken, op andere wijze wordt gegarandeerd dat de veiligheid, de gezondheid en het welzijn van deze werkers niet door overmatige arbeid in gevaar wordt gebracht. Daarin kan deels worden voorzien via voorwaarden van procedurele aard, onder meer door voorwaarden te stellen aan collectieve afspraken voor die gevallen waarin van de basisnormen van de Richtlijn wordt afgeweken, of door eisen te stellen aan de registratie van arbeidstijden en/of aan de wijze waarop van de kant van de werkgever daarop toezicht wordt gehouden.

S.2.5 OVERIGE ONDERWERPEN

De *Wet arbeid en zorg* is onverminderd van toepassing op werknemers die in de geest van HNW hun eigen werktijden kunnen bepalen, maar naarmate werknemers hun tijd meer

zelf kunnen indelen, zal verwacht mogen worden dat zij op de daarin vervatte verlof-rechten minder een beroep zullen doen. De *Wet aanpassing arbeidsduur* (Waa) geeft werknemers onder voorwaarden het recht een verzoek in te dienen bij de werkgever tot aanpassing van de arbeidsduur. Uitgangspunt van de Waa is dat de werkgever een verzoek tot aanpassing honoreert tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten.

Invoering van HNW vergroot de kans dat de werkgever een verzoek moet honoreren. Het maakt namelijk de ruimte voor verweer van de werkgever op grond van deze zwaarwegende belangen beperkter. Dat zal nog sterker het geval zijn met betrekking tot een door de werknemer gewenste spreiding van uren (art. 2 lid 6). Ook zal de werkgever onder die omstandigheden niet zo gemakkelijk kunnen aanvoeren dat vermindering van arbeidsduur zou leiden tot ernstige problemen met de veiligheid (art. 2 lid 8 sub b) of tot problemen van roostertechnische aard (art. 2 lid 8 sub c).

De *Wet op de ondernemingsraden* (WOR) en enkele aanverwante regelingen bestrijken een terrein waarop de invloed van HNW relatief beperkt lijkt te zijn. De WOR sluit aan bij het formele werkgeverschap; de locatie waar werknemers werken is niet relevant voor hun status als werknemer in de zin van de WOR.

Waar HNW in één keer wordt ingevoerd, is deze stap adviesplichtig (o.g.v. art. 25 lid 1 onder e WOR); ook bij een meer geleidelijke invoering kan het adviesrecht van toepassing zijn. De ondernemer heeft hier echter een ruime beleidsvrijheid. Waar in het kader van de invoering van HNW nieuwe regels wordt ontwikkeld ten aanzien van arbeidsomstandigheden of arbeidstijden die van toepassing zijn op verschillende groepen werknemers, zal in veel gevallen het instemmingsrecht van artikel 27 WOR van toepassing zijn. Een eventuele weigering van instemming kan het de werkgever lastig maken bepaalde aspecten van HNW naar eigen voorkeur in te richten, maar dit is niet specifiek voor HNW maar veeleer een kenmerk dat inherent is aan medezeggenschap als zodanig.

Over het geheel genomen levert de medezeggenschap geen belangrijke beperking op van de mogelijkheden tot invoering van HNW. Voor het praktisch functioneren van ondernemingsraden kan HNW wel problemen meebrengen: het uitschrijven van vergaderingen en het raadplegen van de achterban kunnen lastiger worden en niet zeker is dat ‘nieuwe werkers’ voldoende in de raden vertegenwoordigd zullen zijn; mogelijk is een aanvulling van de aanbevelingen van de SER uit 1996 over bijzondere groepen werknemers raadzaam.

S.2.6 WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

Aan de zorgplicht van de werkgever met betrekking tot de arbeidsomstandigheden en arbeids- en rusttijden is een juridische aansprakelijkheid gekoppeld voor de schade die van het niet-inachtnemen van die zorg een gevolg kan zijn. Een werkgever die niet aan die zorgplicht voldoet, kan dus behalve met een bestuursrechtelijke sanctie (bijvoorbeeld een boete van de Arbeidsinspectie) te maken krijgen met een civielrechtelijke vordering. Die aansprakelijkheid is hoofdzakelijk geregeld in artikel 7:658 BW en omvat een schuldansprakelijkheid voor tekortkomingen wat betreft de inrichting en het onderhoud van de werkomgeving, de instructie aan de werknemer in het gebruik van de

arbeidsmiddelen, de naleving van de Arboregelgeving en het treffen van maatregelen die erop gericht zijn te voorkomen dat werknemers in de arbeid fysieke of psychische schade oplopen.

De zorgplicht strekt zich uit tot de ‘arbeidsplaats’, over de inrichting waarvan de werkgever bij uitstek zeggenschap heeft, maar kan ook meebrengen dat de werkgever maatregelen treft ten aanzien van werk dat elders, bijvoorbeeld op de openbare weg wordt uitgevoerd, die moeten voorkomen dat de werknemer daar schade lijdt. De in de Arboregelgeving verplicht gestelde risico-inventarisatie en –evaluatie dient alle risico’s voor de veiligheid en gezondheid te evalueren, ook die op buitengewone werkplekken.

Welke verplichtingen in concreto op een werkgever rusten, is afhankelijk van de omstandigheden; naast de publiekrechtelijke regelingen geeft ook de jurisprudentie hier houvast. Zo worden naarmate een situatie gevaarlijker is, meer maatregelen van de werkgever verwacht. De werkgever moet rekening houden met het risico dat een werknemer niet de vereiste oplettendheid zal betrachten, maar als maatregelen om risico’s te vermijden in andere opzichten bezwaarlijk zijn, kan het terecht zijn dat hij ze achterwege laat. Zijn zorgplicht strekt zich niet alleen uit over werknemers maar over alle personen die hij arbeid laat verrichten, dus ook over uitzendkrachten, onderaannemers en stagiaires. Ten aanzien van ambtenaren zijn bepalingen opgenomen in verschillende rechtspositieregelingen; een met artikel 7:658 BW vergelijkbare bepaling ontbreekt, maar krachtens artikel 125ter Ambtenarenwet is ook de overheid gehouden zich als een goed werkgever te gedragen.

Als een werknemer een beroep doet op artikel 7:658 BW, stelt hij, en moet hij zonodig bewijzen dat hij (a) schade heeft geleden en (b) dat deze schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden is ontstaan. Het is vervolgens aan de werkgever aan te tonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Als sprake is van een duidelijke schadeveroorzakende gebeurtenis op de werkvloer, is de relatie met de werkzaamheden wel duidelijk, maar bij psychische schade en andere multi-causale beroepsziektes kan dat lastiger vast te stellen zijn.

In een RSI-geval heeft het Hof Amsterdam (7-9-2006, *JAR* 2007/65) duidelijk gemaakt dat de werkgever ook een zorgplicht heeft ten aanzien van de thuiswerkplek. In een aantal andere zaken is vastgesteld dat de werkgever verplicht is te bewaken dat werknemers niet te veel overwerken en zonodig het initiatief te nemen tot een gesprek met zo’n werknemer. Het Hof Den Bosch (9-11-2010, *JAR* 2011/41) heeft de grens van een ‘normale’ werkweek bij gemiddeld 40 uur per week gelegd.

Ook gedurende een ‘wachttijd’ tussen twee diensten in, een ‘schemergebied’ tussen werken en privétijd, kunnen zich risico’s voordoen die onder de zorgplicht van de werkgever vallen. Ook als de werkgever de omstandigheden daar niet kan beïnvloeden, dan blijft gelden dat hij zich moet oriënteren op de risico’s die een werknemer daar loopt, hem zonodig moet informeren of waarschuwen en een ongevallenverzekering moet afsluiten. Laat een werkgever dit na, dan kan in deze situatie aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW (‘goed werkgeverschap’) worden aangenomen. Ook in verband met schade opgelopen tijdens een werkgerelateerde rit in de privé-auto heeft de rechter bepaald dat een werkgever die nalaat zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van de risico’s aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 7:611 BW. Op diezelfde grond heeft het Hof Den Haag (26-1-2007, *LJN* AZ8884) de werkgever aansprakelijk gehouden voor de schade van een werknemer die grotendeels thuis

werkte en op weg naar huis een ongeval kreeg. Werk-werk-verkeer valt in het algemeen onder de zorgplicht en aansprakelijkheid van de werkgever.

Aansprakelijkheid en HNW

Op welke punten kan HNW in relatie tot de regeling van de (werkgevers)aansprakelijkheid problemen opleveren? In deze samenhang lijkt HNW ten opzichte van het ‘oude werken’ vooral twee nieuwe condities op te leveren: (1) de afgrenzing van ‘werktijd’ wordt diffuser zodat het lastiger is vast te stellen in hoeverre eventuele schade verband houdt met het werk en (2) de zeggenschap van de werkgever over arbeidsomstandigheden die zich aan zijn gezichtsveld onttrekken, is beperkter.

Waar ‘privé’ en ‘werk’ ook in de rechtspraak gescheiden werden behandeld, wordt dat anders als een werknemer vrij is zelf zijn werkplek te kiezen en de eigen woning daarmee werkplek wordt. De werkgever is gehouden ook voor deze werkplek aanwijzingen te geven, middelen te verstrekken om de werkplek veilig te maken en daarop toezicht te houden. Omgekeerd betekent dit niet dat alle activiteiten in de woning in werktijd worden uitgevoerd; voor het maken van onderscheid tussen werken en privétijd kan de werkgever controlemiddelen inzetten (bijvoorbeeld registratie van inloggen op de bedrijfscomputer of tijdschrijfsystemen). Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van ‘huis- tuin- en keukenongevallen’ wordt in de jurisprudentie verhoudingsgewijs meer nadruk gelegd op de eigen kennis en verantwoordelijkheid van de werknemer.

Het diffuser worden van ‘werk’ en ‘privé’ kan met name in het gebruik van apparaten die voor bereikbaarheid moeten zorgen (bijvoorbeeld mobiele telefoons) tot onduidelijkheden leiden. Als een werknemer ook buiten werktijd geacht wordt bereikbaar te zijn, op de fiets een zakelijk gesprek aanneemt en ten val komt, lijkt een beroep op artikel 7:611 tot de gerechtvaardigde mogelijkheden te behoren. De werkgever zal er dus verstandig aan doen zich te laten informeren over verzekerbare risico’s. Terwijl een werkgever die HNW toepast minder direct zicht heeft op de arbeidstijden van zijn werknemers, is hij gehouden zorg te dragen voor naleving van de normen ten aanzien van arbeids- en rusttijden. De jurisprudentie kent de werkgever hierin een actieve rol toe; de omstandigheid dat een werknemer niet over de werkdruk heeft geklaagd, doet niet af aan de aansprakelijkheid voor de gevolgen van overbelasting. Een belangrijk criterium is of de werkgever zich voldoende systematisch via functioneringsgesprekken van de situatie van werknemers op de hoogte heeft gesteld. De vereiste frequentie van die gesprekken is weer afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder specifieke persoonskenmerken van de werknemer.

Mogelijkheden voor aanpassing

Diverse aspecten van HNW zijn niet specifiek in de wet geregeld maar hebben in de bestaande jurisprudentie al wel aandacht gekregen. Nu de zorgplicht van de werkgever zich duidelijk ook uitstrekt over werknemers die aan zijn gezichtsveld zijn onttrokken, zal het bij HNW van belang zijn daaraan te voldoen door een goede risico-inventarisatie te maken, werknemers goede instructies te geven, en regelmatig met hen functioneringsgesprekken te voeren.

Voor zover de inhoud van de zorgplicht onder ‘HNW-condities’ toch maatschappelijk als onvoldoende duidelijk zou worden ervaren, zou de zorgplicht bijvoorbeeld via uitbreiding van artikel 7:658 BW nader kunnen worden geëxpliciteerd.

1 Inleiding

1.1 INLEIDING

Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft het Hugo Sinzheimer Instituut verzocht een onderzoek te verrichten naar de vraag of de regelgeving op het gebied van de arbeid voldoende is toegesneden op een maatschappelijke trend naar meer plaats- en tijdongebonden arbeid ('Het Nieuwe Werken').

Van verschillende kanten wordt 'Het Nieuwe Werken' bepleit als een manier om bedrijven beter te laten werken, arbeidsverhoudingen te verbeteren, maar ook om de fileproblemen op te lossen en een bijdrage te leveren aan de verbetering van het milieu. Van 8 tot en met 14 november 2010 werd een eerste nationale 'week van Het Nieuwe Werken' georganiseerd. Tijdens die week werd aandacht gevraagd voor de mogelijkheden die HNW volgens de voorstanders biedt. Die aandacht in de media, maar ook de manier waarop sommige bedrijven zoals Microsoft met deze manier van werken aan de weg timmeren, maakt dat we misschien wel van een 'trend' mogen spreken. Het Nieuwe Werken (HNW) in de zin van werken op andere plekken en andere tijden dan het geijkte 9-10-5 werken op kantoor lijkt dus terrein te winnen.

Ook al bestaat er ook onder die voorstanders niet altijd overeenstemming over wat 'Het Nieuwe Werken' nu precies is, duidelijk is dat met deze term niet alleen een andere manier van werken maar ook een agenda van verandering van arbeidsverhoudingen wordt gezet. Er zijn meerdere maatschappelijke ontwikkelingen die voor deze ontwikkeling de voorwaarden scheppen: nieuwe informatie- en communicatie-technieken maken HNW mogelijk, verstopte autowegen of ingewikkelde agenda's voor het combineren van arbeid en zorg doen ernaar verlangen, nieuwe opvattingen over de verhouding tussen werk en privé maken het aanvaardbaar.

Vooral van werkgeverszijde wordt daarbij wel de klacht gehoord dat het huidige arbeidsrecht niet of onvoldoende op deze ontwikkeling is voorbereid. Het arbeidsrecht zou teveel uitgaan van de situatie van gecentraliseerde productie in fabriek of kantoor, van werk verricht op een vaste werkplek met vaste werktijden. Als echter die vaste werktijden en die door de werkgever ingerichte werkplek *niet* meer het vaste kader vormen waarin arbeid wordt verricht, dan rijst de vraag of de bestaande regelgeving daar nog wel op past. Als een werknemer thuis zijn eigen werkplek inricht, kan de werkgever er dan nog steeds verantwoordelijk voor worden gesteld dat hij daar op een ergonomisch verantwoorde stoel zit en dat hij om de twee uur stopt met beeldschermwerk en even iets anders gaat doen? Brengt dus een andere werksituatie niet een andere verdeling van verantwoordelijkheid tussen werkgever en werknemer mee die ook juridisch in een andere verdeling van bevoegdheden en aansprakelijkheid zou moeten worden vertaald?

Vanuit de optiek van het arbeidsrecht lijkt de meest pregnante vraag te zijn hoe juridisch om te gaan met het gegeven dat de arbeidsovereenkomst nog altijd wordt gekenmerkt door een *gezagsverhouding* tussen werkgever en werknemer, maar het *toezicht* op en de controle over de condities waaronder de werknemer werkt in steeds mindere mate rechtstreeks door de werkgever kan worden uitgeoefend. Daarbij moeten we gelijk aantekenen dat dit niet iets compleet nieuws is dat pas door ‘Het Nieuwe Werken’ zou zijn geïntroduceerd; in sommige sectoren van economische bedrijvigheid (bijvoorbeeld het wegvervoer) is dit al lang een gegeven waar men ook juridisch mee heeft leren omgaan.

Bij de directie G&VW van het ministerie van SZW is behoefte ontstaan aan inzicht in de mate waarin arbeidsrechtelijke regelgeving op ‘Het Nieuwe Werken’ (HNW) is toegesneden. Daartoe is de huidige regelgeving in het licht van de nieuwe HNW-praktijk geanalyseerd. In paragraaf 1.2 wordt de doelstelling van het project uitgewerkt in een aantal onderzoeksvragen en deelterreinen waarop deze van toepassing zijn.

1.2 ONDERZOEKSVRAGEN

Een en ander resulteert in de volgende vier hoofdvragen van dit onderzoek:

- (1) Welke elementen van de geldende arbeidsrechtelijke regelgeving leveren in arbeidsverhoudingen waarin plaats- en/of tijdongebonden arbeid wordt verricht (‘Het Nieuwe Werken’, HNW) belemmeringen of onduidelijkheden op ten aanzien van de verantwoordelijkheden en verplichtingen van werkgever en werknemer?
- (2) Wat is, daar waar sprake is van belemmeringen of onduidelijkheden, de verhouding tussen het belang dat door de regelgeving wordt beschermd, de bijzondere kenmerken van HNW-condities en de door die condities bepaalde mogelijkheden van betrokkenen aan verantwoordelijkheden gestalte te geven?
- (3) In hoeverre laat, daar waar sprake is van belemmeringen of onduidelijkheden, internationale regelgeving de Nederlandse wetgever ruimte tot het eventueel veranderen van geldende regels? Voor zover die ruimte ontbreekt, op welke punten zou het voor Nederland, gelet op zowel de te beschermen belangen als de bijzondere aard van de HNW-arbeidssituatie, de moeite waard zijn te overwegen op internationaal niveau voor aanpassing van regelgeving te pleiten?
- (4) Welke mogelijkheden zijn er - als we rekening houden met de ruimte die internationale regelgeving laat voor wijziging, met de te beschermen belangen, met de aard van HNW-condities en met de mogelijkheden gestalte te geven aan verantwoordelijkheden - de gesignaleerde belemmeringen en onduidelijkheden weg te nemen?

Er kunnen vijf terreinen van regelgeving worden onderscheiden waarop deze onderzoeksvragen van toepassing zijn:

- A Arbeidsomstandigheden
- B Arbeidstijden (incl. WAA en WAZ)
- C Arbeidsovereenkomst
- D Werkgeversaansprakelijkheid
- E Medezeggenschap (ondernemingsraden).

1.3 UITWERKING VAN DE ONDERZOEKSVRAGEN

De hoofdvragen van het onderzoek, die hierboven zijn benoemd, zijn als volgt per terrein nader uitgewerkt.

1.3.1 ARBEIDSOMSTANDIGHEDEN

Krachtens de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) rust op de werkgever een publiekrechtelijke zorgplicht: een algemene verplichting tot voorkoming van gevaren en risico's voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer. De publiekrechtelijke zorgplicht wordt in artikel 3 lid 1 Arbowet als volgt omschreven: *“De werkgever zorgt voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten en voert daartoe een beleid dat is gericht op zo goed mogelijke arbeidsomstandigheden”*. In het Arbeidsomstandighedenbesluit (Arbobesluit) en de Arbeidsomstandighedenregeling (Arboregeling) zijn nadere regels gesteld met betrekking tot de bescherming van werknemers bij de uitoefening van hun werkzaamheden. In 1994 is de Europese Kaderrichtlijn¹ geïmplementeerd in de Arbowet.

Een civielrechtelijke zorgplicht is verwoord in artikel 7:658 BW: *“De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt”*. Artikel 7:658 BW formuleert de zorgplicht als een opdracht aan de werkgever om datgene te doen wat redelijkerwijs nodig is om schade te voorkomen. Blijkens de jurisprudentie dient de zorgplicht van de werkgever ruim te worden uitgelegd.

HNW doet hier diverse vragen rijzen. Hoe kan de werkgever zijn verantwoordelijkheid gestalten als werknemers hun eigen werkplek kiezen? Stelt de (on)mogelijkheid van toezicht hier grenzen aan de verantwoordelijkheid van de werkgever? Welke betekenis heeft de status van 'thuiswerker' voor de toepasselijkheid van het Arbobesluit? Algemener: is er reden op grond van verschillen in HNW-condities onderscheid te maken tussen verschillende categorieën van 'nieuwe werkers' en daaraan verschillende regimes van werkgeversverantwoordelijkheid te koppelen? Welke criteria zouden dan relevant zijn om tussen categorieën te onderscheiden? Als de zorgplicht zich uitstrekt tot een werkplek bij de werknemer thuis, wat moet dan tot die werkplek worden gerekend? Wat is hierin de betekenis van de omstandigheid dat de werkgever apparatuur ter beschikking stelt? Welke geldigheid hebben eventuele private afspraken die een afwijking inhouden van de aansprakelijkheid die de werkgever hierin beginstel heeft? Welke mogelijkheden zijn er hier voor de Nederlandse wetgever, gelet op de Kaderrichtlijn c.s. en ILO-verdragen, om, als zich knelpunten voordoen, ten behoeve van HNW een afwijkende regeling tot stand te brengen?

¹ Richtlijn 89/391/EEG, PbEG 1989, L183.

1.3.2 ARBEIDSTIJDEN

Krachtens de Arbeidstijdenwet moeten werkgevers erop toezien dat bij de arbeid maximale werktijden en minimale rusttijden in acht worden genomen. Daartoe moeten onder meer de arbeidstijden worden geregistreerd.

Ook hier is de vraag hoever de verantwoordelijkheid van de werkgever reikt als de werknemer zich thuis of elders buiten de directe invloedssfeer van de werkgever bevindt. Zo er technische middelen zijn die toezicht ‘op afstand’ mogelijk zouden maken, hoe moeten die in het licht van de privacywetgeving worden beoordeeld?

1.3.3 ARBEIDSOVEREENKOMST

Welke betekenis heeft HNW voor de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst? Vanuit juridisch oogpunt blijft het bestaan van een gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer een onderscheidend kenmerk van de arbeidsovereenkomst. Als het technisch mogelijk is dat een werknemer zijn werk thuis verricht, in hoeverre mag een werkgever dan van de werknemer verlangen dat hij dat doet? Als HNW bij een bedrijf gebruikelijk is, kan de werknemer zich dan nog steeds beroepen op het uitgangspunt dat HNW alleen op basis van vrijwilligheid toepassing vindt? Welke kosten van het thuis of elders werken zijn voor rekening van de werkgever, welke voor die van de werknemer? Welke aanspraken kan een werknemer doen gelden op een minimale gelegenheid tot omgang met collega’s in het bedrijfspand?

1.3.4 WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van werkgevers voor de gevolgen van arbeidsgerelateerde schade is zo geregeld dat werkgevers in het algemeen de lasten daarvan dragen. Alleen als een werknemer opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, kan de werkgever eventueel de lasten verhalen op de werknemer. De sterk geobjectiverde zorgplicht die aan de werkgever in dat verband in de rechtspraak wordt toegeschreven, maakt het de werkgever vrijwel onmogelijk zich daaraan te onttrekken.

Speelt de schadetoebrengende situatie zich echter af buiten de invloedssfeer van de werkgever, dan geldt een minder vergaande aansprakelijkheid (op grond van art. 7:611 BW of van de ‘redelijkheid en billijkheid’ van art. 6:248 BW). In de rechtspraak lijkt zich af te tekenen dat ook als de werkgever die beïnvloedingsmogelijkheid mist, het verband van schadegebeurtenissen met het werk mee kan brengen dat hij toch (een deel van) de lasten behoort te dragen. Welke consequenties heeft HNW voor de werkgeversaansprakelijkheid?

1.3.5 MEDEZEGGENSCHAP

De consequenties van HNW voor het terrein dat door de Wet op de ondernemingsraden (WOR) wordt bestreken, lijken op het eerste gezicht beperkt. Het begrip ‘werkzaam’ in artikel 1 WOR omvat werknemers in de ruime betekenis van het woord. HNW kan wel gevolgen hebben voor de betekenis en invulling van uiteenlopende bepalingen in de WOR. Invoering op grote schaal van HNW is vermoedelijk adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 onder e van de WOR.

De introductie van HNW zou aanleiding kunnen zijn verschillende regelingen die worden bestreken door het instemmingsrecht aan te passen. Te denken valt onder

meer aan de letters d (arbo), i (werkoverleg) en l (personeelvolgsystemen) van artikel 27 lid 1 WOR.

HNW heeft effect op de stimulerende taken van de ondernemingsraad. Ook wordt het functioneren van de ondernemingsraad geraakt door HNW. Zo wordt het vermoedelijk lastiger om vergaderingen uit te schrijven (zie bijvoorbeeld art. 18). Ook een voldoende vertegenwoordiging van ‘nieuwe werknemers’ (zie art. 9 lid 4) zou problematisch kunnen zijn.

Door diverse betrokkenen is gesignaleerd dat ‘Het Nieuwe Werken’ niet alleen op beperkingen van arbeidsrechtelijke aard stuit, maar dat ook de fiscale regelgeving voor belemmeringen zorgt. Dit laatste aspect valt echter uitdrukkelijk buiten de opdracht die aan dit onderzoek ten grondslag ligt.

1.4 WERKWIJZE

Beantwoording van de onderzoeksvragen vergt een beoordeling vanuit het perspectief van het arbeidsrecht, op de vijf onderscheiden terreinen, van de ontwikkelingen rond HNW, waarbij niet alleen de huidige stand van zaken maar ook een verwachting van wat die ontwikkelingen ons waarschijnlijk gaan brengen, een rol speelt.

In de opzet van het project is ervoor gekozen arbeidsrechtelijke expertise zo goed mogelijk te doen samengaan met kennis van de ervaringen van bedrijven die bezig zijn HNW in praktijk te brengen en de kennis van organisaties die met de daarmee gepaard gaande knelpunten worden geconfronteerd.

Daarom is gekozen voor een opzet die vijf fasen omvatte:

Fase 1: Inventarisatie

Op elk van de vijf deelgebieden heeft een expert de geldende regelingen in het licht van HNW geïnterviewd en in kaart gebracht welke knelpunten worden gesignaleerd. Materiaal hiervoor waren enerzijds geldend recht, jurisprudentie en juridische commentaren, anderzijds publicaties van maatschappelijke groepen en instanties die zich met HNW bezighouden. Deze inventarisatie mondde uit in een notitie die de *input* vormde voor fase twee.

Fase 2: Eerste expert sessie

Op woensdag 8 december 2010 is een expert sessie belegd, waarin deze notitie ter tafel lag. In deze sessie is de deskundigheid en ervaring van een zestal betrokkenen (drie functionarissen van HNW-praktiserende organisaties, een van een werkgeversorganisatie die met knelpunten wordt geconfronteerd, en twee arbeidsrechtexperts) aangesproken teneinde een zo ruim mogelijk beeld te krijgen van de wijze van introductie van HNW en van de juridische knelpunten die zich daarbij voordoen.

Fase 3: Verdere inventarisatie en probleemanalyse

Mede op basis van de resultaten van deze sessie hebben de experts op de deelterreinen hun inventarisatie voortgezet. In de derde fase kwam het accent meer te liggen op de analyse van de knelpunten. Ter voorbereiding van de sessie in fase vier werden knelpunten die zich daartoe lenen voorzien van voorstellen voor mogelijke oplossingsrichtingen.

Fase 4: Tweede expert sessie

Op 16 februari is een tweede expert sessie belegd waarin de gesignaleerde knelpunten en eventuele oplossingsrichtingen zijn besproken met deskundigen die vanuit werknemersorganisaties met de invoering van HNW te maken hebben en met juridische experts..

Fase 5: Conclusies en eindrapportage

Mede op basis van de resultaten van deze sessie zijn de resultaten van het project geïntegreerd in dit eindrapport.

De opbouw van dit rapport is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt de plaats van 'Het Nieuwe Werken' kort nader bepaald en wordt de verhouding tot het arbeidsrecht in algemene zin verkend. Voorts gaat het in op de verhouding van HNW tot algemene regels met betrekking tot de arbeidsovereenkomst.

In de hoofdstukken 3 en 4 volgt een analyse voor de deelterreinen arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. Hoofdstuk 5 gaat in op een paar overige terreinen, waaronder 'arbeid en zorg' en medezeggenschap. Hoofdstuk 6 behandelt kwesties van aansprakelijkheid.

2 ‘Het Nieuwe Werken’ en de arbeidsovereenkomst

In dit tweede hoofdstuk komt allereerst de vraag aan de orde wat we eigenlijk onder ‘Het Nieuwe Werken’ (moeten) verstaan. Bovendien wordt uiteengezet waarom het arbeidsrecht beperkingen oplegt aan nieuwe praktijken die onder die term worden geïntroduceerd. Tenslotte wordt nagegaan welke consequenties HNW heeft voor de arbeidsovereenkomst, in het bijzonder gelet op het element ‘gezagsverhouding’ dat van die overeenkomst deel uitmaakt.

Wie kennis neemt van de publicaties van voorvechters van ‘Het Nieuwe Werken’, merkt al gauw dat HNW in het teken staat van een appèl voor dynamisering van arbeidsverhoudingen. Het wil oude kaders doorbreken en kenmerkt zich door een zekere *Schwung*. Als we maar durven afstand te nemen van oude, ingesleten gewoontes, zo is soms de boodschap, dan kunnen we vervolgens een groot aantal vliegen in één klap slaan: ieder wordt er gelukkiger, het bedrijf productiever en het milieu schoner van.

Het kan dan ook bijna niet anders of het arbeidsrecht, dat immers voor velen alleen in beeld komt als het *mis* gaat in een arbeidsverhouding, maakt in de ogen van voorstanders van HNW al gauw deel uit van die ‘oude kaders’ – als iets waar je op stuit en dat dan vooral in de weg zit.

Voor een gelukkig huwelijk tussen HNW en het arbeidsrecht zijn de voortekenen dus niet zonder meer gunstig. Maar laten we hier eerst de kandidaten even voorstellen.

2.1 HET NIEUWE WERKEN

2.1.1 WAT IS ‘HET NIEUWE WERKEN’?

Kijken we naar nieuwe praktijken die onder de noemer van ‘Het Nieuwe Werken’ worden geïntroduceerd, dan zien we dat die onderling nogal kunnen verschillen. Het varieert van betrekkelijk ‘technische’ projecten waarin de nadruk ligt op gebruik van ICT tot hele brede projecten waarin het hele concept van arbeidsverhoudingen overhoop wordt gehaald. Wij schetsen, louter ter illustratie, drie verschillende situaties waarin men met een beroep op ‘Het Nieuwe Werken’ veranderingen doorvoert.

Bedrijf A staat op de drempel van een verhuizing. Men heeft een pand op het oog dat qua ligging en ‘uitstraling’ beantwoordt aan de wensen, maar een berekening wijst uit dat het vloeroppervlak maar 70 procent bedraagt van wat nodig is om alle medewerkers te huisvesten. De directie kondigt daarop intern aan dat het bedrijf ‘Het

Nieuwe Werken' gaat toepassen en dat medewerkers zullen worden uitgenodigd voortaan een bureau te delen met een collega en twee dagen per week thuis te werken.

Bedrijf B, een financiële instelling, wil de dienstverlening aan cliënten verbeteren, mede om zijn positie in de markt van de kredietverlening te kunnen handhaven of uitbouwen. Adviseurs krijgen een laptop en leaseauto van het bedrijf en worden er, onder het motto van 'Het Nieuwe Werken', opuit gestuurd om hun zaken decentraal, bij de klant te regelen. Alleen op donderdagmiddag om drie uur worden zij bij een bijeenkomst op het hoofdkantoor verwacht, voor overleg dat altijd wordt gevolgd door een informeel samenzijn.

Bedrijf C laat het onder het motto van 'Het Nieuwe Werken' geheel aan zijn medewerkers over of ze op de hoofdvestiging van het bedrijf, een nevenvestiging of thuis willen werken. Men spreekt wel een werkduur af, maar laat het geheel aan de werknemers over te bepalen wanneer zij werken. De directie meent dat deze manier van werken in alle opzichten de voorkeur verdient, zowel voor het bedrijf zelf als voor werknemers, bijvoorbeeld omdat zij de files kunnen vermijden, beter arbeid en zorg kunnen combineren en in het algemeen gelukkiger worden van autonomie en controle over de eigen werksituatie; periodiek onderzoek, dat de directie laat verrichten, lijkt dat te bevestigen. De hoofdvestiging zelf is zo verbouwd dat medewerkers daar geen vaste stek meer hebben, maar, al naar gelang de aard van hun activiteit van dat moment, kunnen kiezen uit zeven verschillende soorten werkplek (variërend van 'stille cel' tot 'kruk aan de bar').

HNW mag dus niet zonder meer met 'thuis werken' worden gelijkgesteld. Als thuis werken aan de orde is, dan kan het bovendien een meer structureel of een meer incidenteel karakter hebben. Maar het 'plaatsongebondene' van HNW kan dus ook andere vormen aannemen: van werkplekdiversiteit binnen een vestiging, van het naar keuze werken op meerdere vestigingen of van het (deels) werken in de openbare ruimte (internetcafé, in de trein, op de hei) .

Deze drie voorbeelden illustreren dat in de notie van 'Het Nieuwe Werken' verschillende ideeën over manieren van werken en over andere arbeidsverhoudingen samenkomen. Dat betekent dat de vraag wat HNW nu eigenlijk is, ook op verschillende manieren beantwoord kan – en moet – worden.

Een eerste, louter 'fysieke' en negatieve omschrijving van HNW is dat het werk betreft dat geheel of gedeeltelijk *niet* op een gecentraliseerde werkplek maar elders wordt verricht en bovendien *niet* gebonden is aan vaste (kantoor)uren. Deze technische afbakening van HNW als 'plaats- en tijdongebonden arbeid' volstaat op zich als uitgangspunt van waaruit de arbeidsrechtelijke knelpunten in kaart gebracht kunnen worden.

Een tweede omschrijving betreft de technologie erbij: HNW is werk dat elders en op andere tijden kan worden gedaan omdat de informatie- en communicatietechnologie (ICT) daartoe de mogelijkheden heeft gecreëerd. Die mogelijkheden zijn natuurlijk al eerder gebruikt; in de sfeer van de arbeidsverhoudingen is al een jaar of vijftien sprake van 'telewerken'. Dat was vooral 'thuis werken'; ten opzichte daarvan kent HNW een grotere diversiteit van werkplekken én van werktijden.

Met deze twee omschrijvingen zijn we er, in de ogen van hen die HNW bepleiten, echter nog lang niet. Sterker nog, als we ons daartoe zouden beperken,

zouden we de kern missen – dat HNW een nieuwe wijze van werken is die geheel nieuwe arbeidsverhoudingen meebrengt.

We kunnen dan, ten derde, HNW ook bepalen aan de hand van bedrijfs-*doelstellingen* die, doordat via de ICT ‘plaats- en tijdongebonden arbeid’ mogelijk is geworden, (beter) kunnen worden gerealiseerd. In publicaties over HNW komen we in dit verband een reeks van doelstellingen tegen: het verhogen van de productiviteit en creativiteit van medewerkers, het vergroten van de efficiëntie, verbetering van de dienstverlening aan de klanten, maar ook besparingen op de kosten van mobiliteit (en het leveren van een bijdrage aan de reductie van CO₂-uitstoot) en van huisvesting.

In het verlengde daarvan wordt, ten vierde, ook gewezen op veranderingen van de *arbeidsmarkt*. De strekking is dat, als je als bedrijf bij een krimpende arbeidsmarkt verzekerd wilt zijn van voldoende personeel, je HNW zult moeten aanbieden. HNW is dus ook bedoeld om het werken – voor werknemers en voor de onderneming – plezieriger en aantrekkelijker te maken.

Onderdeel daarvan is, ten vijfde, de bijdrage die HNW zou kunnen bieden aan het beter *combineren* van arbeid met *zorgtaken*. In het kader van het overheidsbeleid ten aanzien van de arbeidsparticipatie is de bijdrage die het flexibiliseren van tijden daaraan kan leveren, een belangrijk thema.²

En *last but not least* staat HNW ook voor nieuwe verhoudingen tussen onderneming en werknemers. De hierboven al genoemde veranderingen brengen, zo wordt betoogd, mee dat de werknemer in de productie niet langer een vervangbare uitvoerder van instructies is, maar centraal komt te staan als mens die zijn vermogens optimaal tot ontwikkeling kan brengen en juist daardoor een optimale bijdrage kan leveren aan het bedrijf.³ Het zou gaan om een verandering in onze *mindset*: de op *command & control* en in wezen op wantrouwen gestoelde houding van de ‘oude’ manager ten opzichte van de werknemer zou plaats moeten maken voor het geven van vertrouwen, vrijheid en verantwoordelijkheid aan de ‘nieuwe werker’.

Terwijl dus nogal de nadruk wordt gelegd op de autonomie van de werker, betekent dit niet dat de werker een zelfstandige (‘zzp-er’) zou moeten worden. Uit publicaties waarin HNW wordt aangeprezen, komt het streven naar voren dat de medewerkers deel blijven uitmaken van de onderneming: loyaal zijn aan, en zich inzetten voor het bedrijf. De manier waarop tot nu toe doorgaans controle wordt uitgeoefend over de werkzaamheden van de werknemer, wordt echter als achterhaald beschouwd. In moderne verhoudingen zou het helemaal niet meer nodig zijn werknemers daarvoor op één plek met een prikklok bij elkaar te zetten, maar zou het zowel voor hun welzijn als voor de arbeidsmarktpositie en productiviteit van het bedrijf gunstig zijn meer aan hun eigen regelcapaciteit over te laten.

Het toekennen van meer regelcapaciteit en verantwoordelijkheid aan werknemers doet zich dus voor als een *mogelijkheid* die voortvloeit uit veranderingen in de aard van het werk (dienstverlening) en in de technologie (ICT) en aantrekkelijk wordt door veranderingen in de marktverhoudingen (dynamiek, concurrentie, ‘de klant is koning’).

Die mogelijkheid wordt benut omdat zij geacht wordt perspectief te bieden op een betere *doelbereiking*: een hogere productiviteit en efficiëntie, meer klantgericht

² Zie o.m. de adviesaanvraag aan de SER over ‘Tijden van de samenleving’ van toenmalig minister Plasterk van 21-09-2009.

³ D. Bijl, *Aan de slag met Het Nieuwe Werken*. Zeewolde: PAR CC, 2009, p. 27-8.

werken, meer kansen in het aantrekken van goed personeel en een grotere arbeidsvreugde voor werknemers zowel als managers.

Zij brengt vervolgens *arbeidsverhoudingen* mee waarin enerzijds ondernemingen moeten accepteren dat zij minder directe invloed hebben op de uitvoering van het werk en meer moeten afrekenen op resultaat en waarin anderzijds werknemers meer hun eigen werk en tijdgebruik moeten gaan ‘managen’. De aard van die nieuwe arbeidsverhoudingen stelt daarmee deels nieuwe eisen aan de *competenties* van arbeidsmarktparticipanten.⁴

2.1.2 HOE ‘NIEUW’ IS ‘HET NIEUWE WERKEN’?

‘Het Nieuwe Werken’ onderscheidt zich nadrukkelijk van een ‘oude’ manier van werken die zich kenmerkt door gecentraliseerde productie, ongeacht of die nu uit fabrieks-, kantoor- of andere werkzaamheden bestaat. Daarbij wordt soms de indruk gewekt dat het bij HNW om iets heel nieuws en unieks zou gaan. Natuurlijk geven de ICT-mogelijkheden tot op zekere hoogte een nieuwe wending aan het thuiswerken, maar het kan geen kwaad erop te wijzen dat een *decentrale* manier van produceren en de daarbij behorende arbeidsverhoudingen eeuwenlang de toon hebben gezet. Vanuit historisch perspectief valt eerder op hoezeer de afgelopen 140 jaar zich in merkwaaardige zin onderscheiden doordat er wél sprake was van gecentraliseerde productie.

Voor die tijd bestonden zulke gecentraliseerde werkplekken ook, soms uit de aard der zaak (denk aan scheepswerven en ook aan het daar gebouwde koopvaardij-schip zelf als werkplek), maar pas na 1870 begonnen gecentraliseerde fabrieken en kantoren aan hun grote opmars. Dat er vóór 1870 maar weinig gecentraliseerde werklocaties waren, wil *niet* zeggen dat er geen grote ondernemingen waren. Zo waren voor de fabriek van wollen stoffen in Linz in 1788 ruim 50 000 personen werkzaam, waarvan de overgrote meerderheid thuis het werk verrichtte. Voor Nederland zijn ons geen cijfers bekend, maar in Duitsland werkte rond 1800 41 procent van de werkers thuis en slechts één procent in een fabriek; pas in 1873 was het aantal in een fabriek werkzame arbeiders groter dan het aantal thuiswerkers.⁵

Het is hier niet de plek uitgebreid op de geschiedenis van arbeidsverhoudingen in te gaan, maar in verband met HNW is het wel van belang een systeem van decentrale productie te memoreren dat bekend staat onder de namen van *Verlagsystem* dan wel *putting-out system*. Dit systeem, dat vooral in de textielindustrie van de 18^e en 19^e eeuw een grote omvang en verspreiding had, kende centraal geleide ondernemingen die op grote schaal gebruik maakten van decentrale (thuis)werkers. De ‘fabrikant’ leverde de grondstoffen aan, soms ook de apparatuur, en gaf instructies aan welke eisen bijvoorbeeld de te weven stof moest voldoen.

We volstaan hier met twee kanttekeningen over dit systeem die mogelijk ook voor HNW relevant kunnen zijn. Ten eerste was ook in die tijd een belangrijk voordeel van het systeem dat het de producent weliswaar in veel opzichten in een afhankelijke positie plaatste, maar hem een zeker vrijheidsbesef en, mede door beloning in de vorm van stukloon, een grote mate van controle over zijn werktijden liet.

⁴ Om dat aan te geven is al voorgesteld te spreken van ‘DZP-ers’, waarbij de afkorting staat voor ‘Duurzaam Zelfredzaam Personeel’ (M. Wams, LinkedIn-discussielijst ‘Het Nieuwe Werken’).

⁵ J. Brand (1990), *Untersuchungen zur Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland*. Bd. 1. Pfaffenweiler: Centaurus, p. 145-6.

Een tweede kanttekening is dat de afstand tussen onderneming en producenten in die tijd een aantal effecten had die door ondernemers als probleem werden ervaren. Dat gold voor de onmogelijkheid effectief toezicht te houden op de productie. Daardoor kreeg het leverings- en afrekenmoment nogal eens een conflictueus karakter. Verder leidde de distantie ertoe dat werkers weinig ‘trouw’ waren, grondstoffen verduisterden of met het weefgetouw voor de concurrent gingen werken.

Uiteraard laten de verhoudingen van toen zich niet zonder meer met HNW vergelijken. Zo lijkt het onder moderne verhoudingen beter mogelijk de *commitment* van werknemers aan het bedrijf ook op afstand te bewaren, maar daarmee is niet gezegd dat het op afstand laten van personeel zonder zorgen is. Een afzonderlijk punt van aandacht is de sociale context van het werk: waar sociale contacten met collega’s in een gecentraliseerde omgeving vrijwel vanzelfsprekend samengaan met het werkproces, wordt het tot stand brengen van die contacten in een HNW-omgeving al gauw iets waar bedrijf en werknemer apart ‘werk van moeten maken’.

2.2 ARBEIDSRECHTELIJKE POSITIE VAN DE WERKER

Hoe zeer ‘autonomie’ en ‘afrekenen op resultaat’ ook centrale kenmerken zijn van HNW, dit brengt over het algemeen niet mee dat ook in juridische zin naar zelfstandigheid wordt gestreefd. Het zou immers vanuit juridisch oogpunt denkbaar zijn medewerkers een grotere zelfstandigheid te verlenen door ze als ‘zelfstandigen zonder personeel’ (zzp-er) buiten het bedrijf te plaatsen en contracten met hen te sluiten over de te leveren prestaties. Maar in het kader van HNW lijkt een bewuste keuze te worden gemaakt voor het handhaven van het type van binding dat gekoppeld is aan het werknemerschap in het kader van de arbeidsovereenkomst, zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek. De arbeidsovereenkomst is gedefinieerd in art. 7:610 BW. De wettelijke definitie kent de volgende drie elementen:

- a. de werknemer verbindt zich (persoonlijk) arbeid te verrichten;
- b. de werkgever verbindt zich loon te betalen;
- c. de werknemer verricht de arbeid in dienst van de werkgever.⁶

De keuze voor de arbeidsovereenkomst wijst erop dat het derde element, dat juridisch wordt aangeduid als de ‘gezagsverhouding’ tussen werkgever en werknemer, zijn betekenis nog niet heeft verloren, al zal het in moderne arbeidsverhoudingen door de betrokkenen in de praktijk eerder als een wederzijds, maar ongelijksoortig *commitment* worden benoemd. Men blijft hechten aan de binding van de werker aan de bedrijfsdoelstellingen en aan de exclusiviteit van de claim van het bedrijf op (een vast deel van) de inzet van de werker en dat lijkt een belangrijke reden waarom men voor de arbeidsovereenkomst blijft kiezen.

De ‘gezagsverhouding’, het daaruit voortvloeiende instructierecht van de werkgever en de zeggenschap die de werkgever heeft over de omstandigheden waaronder de werknemer zijn werk moet verrichten, leiden ertoe dat aan de werkgever een sterkere mate van verantwoordelijkheid wordt toegeschreven voor die omstandigheden. Omdat de veiligheid en gezondheid van werknemers mede afhankelijk is van de manier waarop een werkgever met die verantwoordelijkheid omgaat, omdat het veelal moeilijker is voor werknemers de risico’s van die omstandigheden te kennen, en

⁶ Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, hfst 1

bovendien de materiële afhankelijkheid van werknemers meebrengt dat het niet vanzelfsprekend is dat zij hierin hun belangen binnen de contractuele verhouding weten te behartigen, is die verantwoordelijkheid ook juridisch geregeld.

In de lange geschiedenis van de regulering van arbeidsverhoudingen is een bepaalde mate van bescherming van werkenden tegen risico's die met de arbeid zijn verbonden, een betrekkelijk constant element. De statelijke regelgeving zoals die zich in Nederland in de periode sinds 1890 heeft ontwikkeld, is sterk gekoppeld aan risico's die door de industriële revolutie pregnant zijn geworden. De belangrijkste domeinen zijn van oudsher die van de arbeidsomstandigheden en de arbeidstijden; in een latere fase zijn daar regelingen met betrekking tot het combineren van werk en andere maatschappelijke verplichtingen bijgekomen.

De arbeidsrechtelijke regelgeving, die mede beoogt de gezondheid en het welzijn van werknemers te beschermen tegen risico's die in marktverhoudingen niet automatisch door werkgevers worden afgedekt, vertrekt veelal vanuit de vooronderstelling dat een werknemer vaste werktijden heeft die hij doorbrengt op een door de werkgever ingerichte werkplek, waar de werkgever dus ook toezicht kan houden op de arbeidstijden en -omstandigheden. De regelgeving met betrekking tot verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor arbeidsomstandigheden en werktijden is daarmee voor een groot deel geënt op verhoudingen uit het tijdperk waarin de centrale productie (fabriek, kantoor) dominant was.

Ondertussen zijn er ook diverse sectoren (zoals bijvoorbeeld de transport-sector) waarin bedrijven grote aantallen werknemers omvatten die door de aard van hun werk niet op zo'n centrale locatie werken en zich aan het directe gezichtsveld van de werkgever onttrekken. In die sectoren worden deels speciale middelen gehanteerd om het werkgevers mogelijk te maken in die situatie toch aan hun verantwoordelijkheid gestalte te geven.

De werksituatie bij HNW kenmerkt zich in het algemeen daardoor dat de mogelijkheid van een werkgever, toe te zien op de werktijden en arbeidsomstandigheden van 'nieuwe werkers' veel beperkter zijn. Tegelijk blijft er, ondanks de veranderde verhouding waarbij de werknemer meer verantwoordelijkheid voor zijn eigen werksituatie krijgt toegeschoven, vanuit arbeidsrechtelijk gezichtspunt reden voor het handhaven van een bepaalde mate van bescherming. Het verticale karakter van de relatie tussen onderneming en werknemer blijft immers gehandhaafd. Het appel dat HNW doet op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer neemt niet weg dat de verhouding mee kan brengen dat een werknemer onder een druk komt te staan die hem ertoe brengt dingen te doen die schadelijk zijn voor zijn gezondheid.⁷ Dat betekent dat zorgvuldig moet worden nagegaan op welke wijze de veranderde werkomstandigheden van HNW op deze risico's doorwerken en wat een en ander zou kunnen en moeten betekenen voor de verdeling van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid tussen onderneming en werknemer. Vooral het element van de 'gezagsverhouding' verdient dus in het licht van HNW bijzondere aandacht.

⁷ Zie voor problematische consequenties van flexibilisering van arbeidstijden o.m. het onderzoek van P. van Echtelt, *Time-greedy employment relationships*. Diss. Groningen, s.n., 2007.

2.3 DE GEZAGSVERHOUDING EN ‘HET NIEUWE WERKEN’

Het nieuwe werken kenmerkt zich door verschillende aspecten, die voor dit deel van het onderzoek zijn samen te vatten als het werken op andere plaatsen, op andere tijden en met andere verantwoordelijkheden.

Met betrekking tot het laatste geldt dat de werknemer in het kader van ‘Het Nieuwe Werken’ (HNW) meer of uitgebreidere verantwoordelijkheden zou kunnen krijgen, hetgeen wellicht de vraag naar de ondergeschiktheid van de werknemer, en daarmee naar het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zou kunnen oproepen. Het ligt niet voor de hand aan te nemen dat door de invoering van HNW het bestaan van een arbeidsovereenkomst kwestieus wordt. Dat zou het pas worden als de werknemer zich werkelijk kan onttrekken, of wordt onttrokken, aan werkgeversgezag, en dus voor eigen rekening en verantwoording arbeid zou gaan verrichten. Daarvan is door invoering van HNW op zich geen sprake. Van belang daarbij is dat ook het bestaan van de bevoegdheid gezag uit te oefenen, en niet de feitelijke uitoefening, voldoende is voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst.

Invoering van HNW betekent wel verandering van de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht. Onduidelijk kan zijn of de werkgever de bevoegdheid heeft om die omstandigheden eenzijdig te veranderen, of daarvoor de instemming van de werknemer nodig heeft.

Die onduidelijkheid zal primair moeten worden opgelost aan de hand van hetgeen werkgever en werknemer zijn overeengekomen. Gebruikelijk maken de tijd en plaats waarop de arbeid moet worden verricht, geen onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst. In dat geval kan de werkgever wijzigingen daarin aanbrengen op grond van zijn instructierecht. Is de plaats of de tijd waarop wordt gewerkt onderdeel van de overeenkomst, dan zal de werkgever als hij daarin wijzigingen wil aanbrengen, de instemming van de werknemer nodig hebben.

2.3.1 INSTRUCTIERECHT

Op grond van art. 7:610 BW is de werknemer ondergeschikt aan de werkgever, de werknemer is ‘in dienst’ van de werkgever. De definitie van de arbeidsovereenkomst brengt al met zich dat de werknemer redelijke opdrachten van de werkgever moet opvolgen. Complementair aan die verplichting is de aan de werknemer in art. 7:660 BW opgelegde verplichting zich te houden aan voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming. Deze laatste bepaling geeft de werkgever het instructierecht.

Op grond van dit instructierecht zal het vrijwel altijd tot de bevoegdheid van de werkgever behoren te bepalen op welke plaats de arbeid binnen de onderneming wordt verricht. In de literatuur of rechtspraak wordt - behoudens enkele bijzondere omstandigheden, zie hierna - de feitelijke werkplaats *niet* gerekend tot de arbeidsvoorwaarden die alleen met wederzijds goedvinden zouden kunnen worden gewijzigd.⁸

⁸ Zie J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Reeks VvA 36, Kluwer, Deventer 1997, m.n. pag. 95

Dit geldt ook voor arbeidstijden, zij het dat, nu de arbeidstijden in artikel 27 WOR worden genoemd, zij soms wel onder arbeidsvoorwaarden worden geschaard. Voor de juridische benadering op individueel niveau maakt dat weinig uit: behoudens bijzondere omstandigheden is ook voor de wijziging van de arbeidstijden geen instemming van de werknemer vereist.⁹ De werkgever bepaalt op welke plaats de werknemer zijn arbeid dient te verrichten en behoeft bij beslissingen over wijziging daarvan niet de instemming van de werknemer. Ook voor de invoering van HNW hoeft de werkgever in beginsel niet de instemming van de individuele werknemer (zie voor het eventueel vereiste overleg met de ondernemingsraad paragraaf 5.2).

Het instructierecht wordt beperkt door het vereiste dat de werkgever zich als een goed werkgever dient te gedragen, zoals artikel 7:611 BW voorschrijft. Als de werkgever een werkplek voor de werknemer bepaalt waartegen de werknemer terecht bezwaren kan aanvoeren, dient de werkgever zich van die bezwaren rekenschap te geven en te beoordelen in hoeverre die bezwaren opwegen tegen het belang bij de uitvoering van de gegeven opdracht. Bij de invoering van HNW zal een werkgever een dergelijke afweging zeker ook moeten maken. Hij zal daarbij altijd ook de mogelijkheid dienen te bieden om ‘op kantoor’ de bedongen arbeid te verrichten, zodat ook zwaarwegende belangen van de werknemer tegen het thuis verrichten van die arbeid worden ondervangen. Dit geldt ook ten aanzien van de arbeidstijden.

Er zou zich een geschil kunnen voordoen als een werkgever HNW invoert tegen de zin van een werknemer en de werknemer niet voldoende faciliteiten biedt om elders dan thuis te werken, terwijl de werknemer meent dat van hem in redelijkheid niet kan worden verlangd om thuis te werken. Uitgangspunt bij de arbeidsovereenkomst is dat de werknemer zijn arbeid ter beschikking stelt, en dat de werkgever de werknemer de faciliteiten biedt die de werknemer nodig heeft om de arbeid voldoende te kunnen verrichten. Tenzij anders is overeengekomen, hoeft de werknemer dus niet te zorgen voor een voldoende werkplek of werkfaciliteiten. Indien de werknemer meent dat die faciliteiten onvoldoende zijn, kan hij die, met een beroep op goed werkgeverschap, trachten af te dwingen. Omdat ook de werkgever er belang bij heeft dat de werknemer voldoende kan functioneren, zullen dit soort problemen zich niet veel voordoen.

Nu het vaststellen van de werkplek veelal onder het instructierecht van de werknemer valt, zal de werknemer in beginsel geen aanspraak kunnen maken op thuiswerken of aanpassing van de arbeidstijden. Als dit wel wenselijk zou worden geacht, zou dit bij aparte wet of wettelijke bepaling geregeld dienen te worden.¹⁰ De hiervoor genoemde bijzondere omstandigheden, die maken dat wel uitdrukkelijke instemming van de werknemer nodig is bij wijziging van de werkplaats en/of de werktijd, moeten vooral gevonden worden in contractuele afspraken.

2.3.2 CONTRACTUELE AFSPRAKEN

Het komt weinig voor dat de werkplaats of de werktijd onderdeel is van de arbeidsovereenkomst. Indien dat het geval is, gelden voor de wijziging van die afspraken de

⁹ Zie J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Reeks VvA 36, Kluwer, Deventer 1997, m.n. pag. 144

¹⁰ Uit de pers blijkt dat de Kamerleden Van Gent en Hijum een initiatief wetsvoorstel terzake voorbereiden (Wet Flexibel Werken), zie *De Volkskrant* 5 december 2010.

gewone regels van het privaatrecht (art. 3:33 e.v. BW). Kern daarvan is dat een overeenkomst partijen bindt en wijziging van de overeenkomst alleen kan plaatsvinden met wederzijds goedvinden. In het arbeidsrecht zijn deze uitgangspunten verregaand gerelativeerd.

In de arbeidsovereenkomst is het gebruikelijk een zogenaamd wijzigingsbeding op te nemen. Dit is het beding in de arbeidsovereenkomst dat de werkgever de eenzijdige bevoegdheid geeft de bepalingen van de arbeidsovereenkomst te wijzigen. Artikel 7:613 BW bepaalt dat de werkgever slechts van die overeengekomen bevoegdheid gebruik mag maken, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwegend belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Gelet op de huidige praktijk bij de invoering van HNW, is het moeilijk om aan de zijde van de werknemer zwaarwegende belangen te bedenken die de invoering van HNW kunnen beletten. Die praktijk is dat de werknemer de mogelijkheid houdt om op de door hem gewenste werktijden op het kantoor van de werkgever de bedongen arbeid te verrichten. In dat licht valt slecht in te zien welke zwaarwegende belangen de werknemer tegen de wijzigingen kan hebben. In de rechtspraak is daarvan geen voorbeeld bekend.

Indien in de arbeidsovereenkomst geen wijzigingsbeding is opgenomen dat de werkgever de bevoegdheid geeft de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, kan de werkgever met een beroep op de bepaling die voorschrijft dat de werknemer zich heeft te gedragen als een goed werknemer betaamt, trachten de wijziging door te voeren. Over deze wijzigingsmogelijkheid is veel rechtspraak en literatuur voorhanden. In het bekende arrest Van der Lely/Taxi Hofman¹¹ overwoog de Hoge Raad dat van de werknemer op grond van art. 7:611 BW onder omstandigheden de bereidheid kan worden verlangd mee te werken aan de aanpassing van zijn arbeidsovereenkomst. Van de werknemer kan immers worden verlangd dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer de aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

Deze overweging heeft de Hoge Raad in het arrest Stoof/Mammoet bevestigd.¹² Voor zover al in de arbeidsovereenkomst concrete afspraken zijn gemaakt over de werkplek of de werktijd, kan de werkgever met een beroep op deze invulling van het goed werkgeverschap trachten de gemaakte afspraken te wijzigen. Ook hier geldt weer dat in het kader van een belangenafweging, bij de gebruikelijke wijze van invoering van HNW, moeilijk valt in te zien onder welke omstandigheden van een werknemer niet in redelijkheid gevraagd kan worden positief in te gaan op een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst.

2.4 CONCLUSIES

‘Het Nieuwe Werken’ combineert dus een sterke mate van *commitment* van werknemers aan de onderneming en haar doelstellingen met een werkwijze waarbij plaats en tijd van het werken in hoge mate aan de werknemers zelf worden overgelaten. Het eerste impliceert het voortbestaan van een ‘gezagsverhouding’ en daarmee een zekere mate van verantwoordelijkheid van de werkgever voor de omstandigheden waaronder werk-

¹¹ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767, JAR 1998/199

¹² HR 11 juli 2008, LJN BD1847, JAR 2008/204

nemers hun werk verrichten. Tegelijkertijd brengt HNW mee dat de mogelijkheden van de werkgever daarop toezicht te houden, beperkter zijn. Dit is echter in die zin niet 'nieuw' dat in sommige sectoren van bedrijvigheid de combinatie van verantwoordelijkheid zonder mogelijkheid van rechtstreeks toezicht al lang een gegeven is.

Vanuit zijn instructierecht heeft de werkgever een betrekkelijk ruime bevoegdheid de werkplek en ook de arbeidstijden van een individuele werknemer te bepalen, collectieve verplichtingen en bijzondere contractuele afspraken even daargelaten. Dat betekent dat de werkgever ook de instructie tot het invoeren van HNW kan geven, behalve voor zover 'goed werkgeverschap' daar grenzen aan stelt. Het instructierecht van de werkgever brengt mee dat de werknemer in het algemeen juridisch geen aanspraak kan maken op 'thuiswerken', tenzij bijzondere regelingen hem die aanspraak zouden geven.

Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt mag het bevlogen pleidooi dat in het kader van HNW wordt gehouden voor het geven van 'autonomie' en 'vertrouwen' aan werknemers niet voorbijgaan aan de omstandigheid dat zij worden gegeven binnen een verband nog steeds door een gezagsverhouding wordt bepaald. Het is derhalve mogelijk dat de consequenties van die verhouding leiden tot handelen van de werknemer dat zijn eigen veiligheid en gezondheid of die van anderen in gevaar brengt. In verband met publieke belangen zoals gezondheid en veiligheid moet de verantwoordelijkheid voor de omstandigheden en de aansprakelijkheid voor de gevolgen waar het misgaat, juridisch goed – en dat wil ook zeggen: rekening houdend met de aard van de gezagsverhouding – geregeld zijn.

3 Arbeidsomstandigheden

In hoofdstuk 3 wordt nagegaan hoe de verantwoordelijkheid ten aanzien van de arbeidsomstandigheden in het recht is bepaald en welke consequenties het aspect van het plaatsongebonden werken van HNW heeft voor die verantwoordelijkheid.

Het recht op veilige, gezonde en waardige arbeid is een fundamenteel recht van werknemers.¹³ Dit recht geldt voor alle werknemers, ongeacht de specifieke omstandigheden waaronder zij werken¹⁴ – en dus ook voor werknemers die hun arbeid plaats- en tijdonafhankelijk verrichten. Uitgangspunt van de wet- en regelgeving op het gebied van arbeidsomstandigheden is dan ook dat de werkgever een ruime zorgplicht heeft, die óók de veiligheid en gezondheid beoogt van werknemers die op wisselende locaties werken: “De werkgever zorgt voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake *alle* met de arbeid verbonden aspecten en voert daartoe een beleid dat is gericht op zo goed mogelijke arbeidsomstandigheden” (art. 3 Arbowet, cursivering van de auteurs).

In algemene zin kan dan ook worden gesteld dat de arboregelgeving óók van toepassing is op Het Nieuwe Werken. Dat geldt in ieder geval voor plaatsonafhankelijk werk (wisselwerkplekken) binnen de eigen onderneming. Interessant is echter vooral de vraag hoe de arbeidsomstandigheden geregeld zijn van werknemers die buiten de eigen onderneming werken, thuis of bijvoorbeeld in (internet)cafés, satellietkantoren of bedrijfsverzamelgebouwen, of nog atypischer locaties. Dienen de plaatsongebonden werkzaamheden van die werknemers ook te worden geschaard onder de regelgeving? Wat is, met andere woorden, de werkingssfeer van de regelgeving? Hoe dient de ‘nieuwe werknemer’ te worden getypeerd op het moment hij niet in het eigen bedrijf of de eigen instelling werkzaam is? En hoe kan worden gewaarborgd dat de werknemer overal de bescherming geniet die redelijkerwijs van de werkgever kan worden geveerd? Hoe wordt daarbij de principiële rechtsgelijkheid tussen (verschillende typen) werknemers gewaarborgd?

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre de werkgever verantwoordelijk is voor arbeidsomstandigheden van de werknemer die zijn werkzaamheden plaatsonafhankelijk verricht, dat wil zeggen buiten het eigen bedrijf. Het thema ‘tijdonafhankelijke’ arbeid komt in het volgende hoofdstuk aan de orde. De analyse beperkt zich daarbij tot *werknemers*, en behelst niet ook de positie van

¹³ Artikel II-91 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (COM 2010/C 83/02); Art. 2 Europees Sociaal Handvest (1961). Vgl. Popma (2008), *Het recht op veilige, gezonde en waardige arbeid*, Nieuwkerk a/d IJssel: Gelling, p. 17-18

¹⁴ Hoewel de Sociaal-Economische Raad recentelijk adviseerde ook zelfstandigen onder de bescherming van de arbeidsomstandighedenwetgeving te brengen, beperkt de analyse in dit hoofdstuk zich tot de positie van *werknemers*. Vgl. SER (2010), *Ontwerpadvisie zelfstandigen en arbeidsomstandigheden*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad, 23 november 2010

zelfstandigen die in het kader van ‘numerieke flexibilisering’ werkzaamheden verrichten ten dienste van een bedrijf.¹⁵

In § 3.1 volgt een korte schets van het wettelijk kader op het gebied van veiligheid en gezondheid bij de arbeid. De belangrijkste elementen daarvan worden nader uitgewerkt in §3.2. In § 3.3 wordt geanalyseerd in hoeverre de centrale elementen uit de regelgeving wellicht op gespannen voet staan met een aantal praktijken in het kader van Het Nieuwe Werken, en of er wellicht een noodzaak zou bestaan om de bestaande regels aan te passen. In § 3.4 wordt gekeken in hoeverre een dergelijke noodzaak zich verdraagt met internationale verplichtingen.

3.1 WETTELIJK KADER

De wettelijke regelgeving op het gebied van de arbeidsomstandigheden, is in Nederland neergelegd in de Arbeidsomstandighedenwet¹⁶, het Arbeidsomstandighedenbesluit¹⁷, en de arbeidsomstandighedenregeling¹⁸. Deze nationale regelgeving is voor een niet onbelangrijk deel een implementatie van Europese Richtlijnen¹⁹ en een aantal ILO Verdragen, in het geval van Het Nieuwe Werken met name ILO Conventie 177.

De Arbeidsomstandighedenwet bevat de uitgangspunten die op het terrein van de arbowetgeving in Nederland gelden. De wet bevat ten eerste een aantal ‘systeembepalingen’ (met name de verplichting om een arbeidsomstandighedenbeleid te voeren op basis van een risico-inventarisatie en -evaluatie, de verplichting tot samenwerking met werknemers bij de vormgeving van dat beleid, en verplichte ondersteuning door deskundige werknemers of deskundigen van buiten de eigen onderneming).²⁰ Hoe het beleid vorm moet krijgen, is – binnen wettelijke grenzen – de verantwoordelijkheid van de werkgever (in samenspraak met de werknemers en ondersteund door de genoemde deskundigen). Ten tweede vormt artikel 16 Arbowet het kader voor ‘nadere regels’, die overwegend zijn neergelegd in het Arbobesluit.

De Arbowet wordt om deze redenen ook wel een raamwet genoemd.²¹ Zoals gezegd ligt de primaire verantwoordelijkheid voor veiligheid en gezondheid bij de werkgever, maar de wijze waarop aan deze verantwoordelijkheid vorm wordt gegeven is een kwestie van ‘maatwerk’. Deze maatwerk-aanpak is in feite al sinds 1980 opgenomen in het systeem van Arbowet²², maar is sindsdien herhaaldelijk benadrukt bij de diverse wijzigingen van de wet (en Besluit) – meest recentelijk in 2007.²³ Het arbo-beleid moet niet door de centrale overheid worden geregeld, maar zoveel mogelijk tot

¹⁵ Wat betreft de arbeidsomstandigheden van zelfstandigen zij hier gewezen op het ontwerp-advies van de Sociaal-Economische Raad van 23 november 2010 (*Zelfstandigen en arbeidsomstandigheden*), waarin wordt gesteld dat in ieder geval ook de doelvoorschriften in de arboregelgeving van toepassing zouden moeten zijn op zelfstandigen, alsook (een verlicht regime) van risico-inventarisatie en -evaluatie. Het advies komt aan de orde in de vergadering van de Sociaal-Economische Raad van maart 2011.

¹⁶ Wet van 18 maart 1999, Stb. 184

¹⁷ Besluit van 15 januari 1997, Stb. 1997, 60

¹⁸ *Str* 1997, 63

¹⁹ In casu de Europese Kaderrichtlijn 89/391/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (89/391/EEG) en de bijzondere richtlijnen ter nadere uitwerking van deze Kaderrichtlijn.

²⁰ Vgl. Popma (2008), p. 59-90

²¹ J. van Drongelen en J.A. Hofsteenge, *Handboek Arbowet 2010/2011*, Den Haag: Sdu, 2010, p. 14.

²² Arbeidsomstandighedenwet van 8 november 1980, Stb. 1980, 664

²³ Vgl. *Kamerstukken II* 2005-2006, 30552, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

stand komen binnen ondernemingen. De overheid heeft als verantwoordelijkheid om het te bereiken beschermingsniveau te definiëren (waar mogelijk ingevuld door gezondheidskundige grenswaarden), maar *hoe* werkgevers en werknemers dit beschermingsniveau realiseren wordt niet dwingend opgelegd.

Die speelruimte voor ‘maatwerk’ is echter niet onbeperkt. Ten eerste zullen werkgevers, zoals gezegd, wel degelijk het beoogde beschermingsniveau dienen te realiseren. Ten tweede dient men zich rekenschap te geven van de Europese kaders – in het bijzonder de bepalingen in de diverse Europese richtlijnen.²⁴ ‘Maatwerk’ in de zin zoals de Nederlandse wetgever die voor ogen heeft, kan dus slechts binnen de door de internationale regelgeving opgelegde kaders plaatsvinden. Aangezien de internationale regelgeving een niet onaanzienlijk aantal zogeheten ‘middelvoorschriften’ kent, zal het maatwerk niet onbeperkt gerealiseerd kunnen worden. Een nadere uitwerking van het internationale kader is opgenomen in § 3.1.1 – waarbij specifiek aandacht wordt geschonken aan de vraag in hoeverre ‘nieuwe werkers’ onder de regelgeving vallen. In § 3.1.2 volgt daarna een nadere uiteenzetting van de werkingssfeer van de nationale arboregelgeving, in het bijzonder van haar toepasselijkheid op Het Nieuwe Werken.

3.1.1 INTERNATIONALE REGELS

Het internationaal juridisch kader ter regulering van de arbeid van werknemers is met name neergelegd in de Europese Kaderrichtlijn 89/391/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk²⁵ en de bijzondere richtlijnen ter nadere uitwerking van de Kaderrichtlijn. Daarnaast is een aantal mede door Nederland geratificeerde Conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) van belang. In het bijzonder verdient aandacht ILO ‘Home Work Convention’ (Verdrag 177) uit 1996.²⁶ Omdat dit Verdrag van eminent belang is bij de bepaling voor de definitie van ‘de Nieuwe Werker’, zal eerst kort de inhoud van dit Verdrag worden geschetst.

ILO-Verdrag 177 betreffende thuiswerk is vastgesteld in 1996 en in 2002 geratificeerd door het Koninkrijk der Nederlanden. Nederland is één van de zeven landen die het Verdrag hebben geratificeerd.²⁷ Het Verdrag beoogt gelijke bescherming te bieden aan werknemers die werk verrichten in hun eigen huis (thuiswerkers) of “in een andere ruimte van zijn of haar keuze die niet de arbeidsplaats van de werkgever is” (art. 1, lid a sub i).²⁸ Ook artikel 4 van het Verdrag spreekt expliciet over gelijke behandeling van thuiswerkers en ‘gewone’ werknemers. Waar bij Het Nieuwe Werken wordt gedacht aan thuiswerken, is dus evident dat deze op grond van het Verdrag dezelfde arbeidsbescherming genieten als werknemers die op de arbeidsplaats van de werkgever hun werk verrichten. Dit geldt echter evenzeer voor werknemers die ervoor kiezen op een andere werkplek te werken. Dit is slechts niet van toepassing indien de werkzaamheden ‘occasionally’ (in de Nederlandse tekst eenvoudigweg “af en toe”) vanaf een andere werkplek worden verricht. Wat ‘occasionally’ is, is echter niet nader gedefinieerd.

²⁴ J. van Drongelen en J.A. Hofsteenge, *Handboek Arbowet 2010/2011*, Den Haag: Sdu, 2010 p. 171

²⁵ PB L 183 van 29.6.1989

²⁶ *Trb.* 1996, 329

²⁷ ILOLEX, geraadpleegd 31.1.2011

²⁸ ‘in other premises of his or her own choice, other than the workplace of the employer’

Door ratificatie van de Conventie is Nederland gehouden om “zo veel mogelijk een gelijke behandeling van thuiswerkers en andere werknemers te bevorderen, waarbij rekening wordt gehouden met de speciale aard van thuiswerk en, waar van toepassing, met de voorwaarden die gelden voor hetzelfde of gelijksoortig werk dat wordt verricht in een onderneming” (art. 4, lid 1). Blijkens lid 2 van het zelfde artikel geldt deze gelijke behandeling met name ook de veiligheid en de gezondheid van thuiswerkers. Artikel 7 bepaalt dat nationale wet- en regelgeving op het gebied van veiligheid en gezondheid ook van toepassing zijn op thuiswerkers.

Het Verdrag is nader ingevuld door Aanbeveling 184, waarin onder meer staat vermeld (art. 20) dat de werkgever verplicht is thuiswerkers in te lichten over de risico’s van het werk en de te nemen voorzorgsmaatregelen, alsook te verzekeren dat machines, gereedschappen en andere apparatuur die aan thuiswerkers ter beschikking worden gesteld, worden voorzien van doelmatige veiligheidsvoorzieningen en redelijke maatregelen te nemen ten einde te verzekeren dat zij op de juiste wijze worden onderhouden.²⁹ Deze nadere uitwerking lijkt te duiden op een accent op de veiligheid van de thuiswerkers. Gezien de titel van de desbetreffende afdeling VII én de formuleringen in het Verdrag zelf, is echter duidelijk dat gezondheid een gelijke bescherming verdient. Zo wordt in artikel 7 van het Verdrag onder meer gesteld dat het, onder meer met het oog op de gezondheid van de werknemer, in sommige gevallen verboden kan worden met bepaalde stoffen te werken. De portee van het Verdrag is, grosso modo, dat thuiswerkers dezelfde bescherming genieten als ‘gewone’ werknemers én dat de nationale arbowetgeving gelijkelijk op hen van toepassing is.

Hetzelfde geldt voor de Europese richtlijnen op het gebied van arbeidsomstandigheden. In de Kaderrichtlijn noch in de bijzondere richtlijnen wordt onderscheid gemaakt naar soorten werknemers. In de Europese regels wordt ook nergens aandacht besteed aan ‘thuiswerkers’ of andere werknemers met plaatsongebonden arbeid. Dit geldt primair voor de Kaderrichtlijn, die beoogt alle werkzaamheden te reguleren. Zo legt art. 5 van de Kaderrichtlijn een ruime zorgplicht op de werkgever: ‘De werkgever is verplicht te zorgen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake *alle* met het werk verbonden aspecten.’ (cursivering van de auteurs). Ook verder bevat de Kaderrichtlijn geen beperkingen met betrekking tot thuiswerk of werk op bijzondere locaties.³⁰ Bovendien blijkt uit de bewoordingen in artikel 3 dat, afgezien van huispersoneel, beoogd is alle werknemers te beschermen.³¹

De bijzondere richtlijnen bevatten evenmin beperkingen waar het thuiswerk betreft (met uitzondering van de Richtlijn Arbeidsplaatsen, zie hieronder). De Richtlijnen beogen vooral bepaalde *werkzaamheden* te reguleren, los van de plaats waar deze worden verricht. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Richtlijnen betreffende het werken met chemische agentia³², biologische agentia³³ en kankerverwekkende of mutagene

²⁹ *Trb.* 1996, 329, p. 25

³⁰ Vgl. art. 2 (Werkingsfeer), die wel de mogelijkheid biedt om bepaalde activiteiten buiten de werkingssfeer van de Richtlijn te houden, maar daarbij betreft het heel specifieke werkzaamheden (politie, strijdkrachten).

³¹ Werknemer: iedere persoon die door een werkgever wordt tewerkgesteld, alsmede stagiairs en leerlingen, met uitzondering van huispersoneel.

³² 14^e Bijzondere Richtlijn (98/24/EG) van de Raad van 7 april 1998, *Pb L 131*, 5.5.1998. Art. 1 lid 1 van de Richtlijn spreekt bijvoorbeeld over ‘chemische agentia op het werk’ en een ‘beroepswerkzaamheid waarbij chemische stoffen zijn betrokken’, dus zonder een nadere aanduiding van de locatie van ‘het werk’ of de ‘beroepswerkzaamheden’.

stoffen.³⁴ In de 17e Richtlijn (fysische agentia: lawaai) wordt in artikel 1 lid 2 gesproken over *activiteiten*. Overweging 5 in de considerans bij de Richtlijn spreekt wel over “met lawaai, trillingen en andere fysische agentia *op de arbeidsplaats* verbonden risico’s”, maar de Richtlijn geeft geen definitie van ‘arbeidsplaats’. Aangenomen mag worden dat bedoeld is alle plaatsen waar arbeid wordt verricht, gezien ook overweging 7 (waarin sprake is van alle werknemers) en artikel 1 lid 2 waarbij zoals gezegd activiteiten worden geïsoleerd en niet groepen werknemers. Ook bijvoorbeeld de Richtlijnen voor het gebruik van persoonlijke beschermingsmiddelen (3e Richtlijn) en voor veiligheids- en/of gezondheidssignalering (9e Richtlijn) stellen geen beperkingen aan de locatie of omstandigheden waaronder gewerkt wordt. In tegendeel: de (niet-limitatieve) opsomming van werkzaamheden in bijlage III bij de Richtlijn persoonlijke beschermingsmiddelen geeft aan dat niet alleen aan standaard kantoor-/fabrieks-werkzaamheden moet worden gedacht, maar met name ook aan werkzaamheden op andere locaties.

Zoals hierboven aangegeven, vormt de Richtlijn Arbeidsplaatsen³⁵ in zekere zin een uitzondering op de algemene stelling dat de Richtlijnen beogen alle werkzaamheden te reguleren. Artikel 2 van de Richtlijn spreekt over arbeidsplaats als “elke plaats die bestemd is als locatie voor werkplekken *in gebouwen van de onderneming en/of inrichting*, met inbegrip van elke andere plaats op het terrein van de onderneming en/of inrichting waartoe de werknemer in het kader van zijn werk toegang heeft.” (cursivering van de auteurs). Dit lijkt erop te duiden dat de definitie van arbeidsplaats zich beperkt tot plaatsen die echt gekoppeld zijn aan het gebouw van de onderneming of het terrein van de onderneming. Dus thuiswerkplekken of tijdelijke werkplekken (hier niet in de zin van Richtlijn 92/57/EEG, maar bijvoorbeeld internetcafés of satellietkantoren) vallen niet onder de Richtlijn. Dit komt ook terug in hoofdstuk 3 van het Nederlandse Arbobesluit (hoofdstuk Arbeidsplaatsen), dat niet van toepassing is op thuiswerkers. Aan de andere kant geeft de Richtlijn Beeldschermwerk³⁶ een definitie van de ‘werkplek’ waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naar de locatie van die werkplek, hetgeen impliceert dat ook *beeldschermwerkplekken* die zich op andere locaties bevinden dan in gebouwen van de onderneming en/of inrichting, en waar “gewoonlijk gedurende een aanzienlijk deel van [de] normale werktijd” beeldschermwerk wordt verricht aan de Richtlijn (en de vereisten in bijlage Minimumvoorschriften ex art. 4 en 5) dienen te voldoen. De vraag is overigens wat “een aanzienlijk deel van de [...] werktijd” is. Deze kwestie, en meer in het algemeen de verhouding tussen ‘arbeidsplaats’ en ‘werkplek’, zal in § 3.2 uitgebreider aan de orde komen.

³³ 7e Bijzondere Richtlijn (2000/54/EG) van het Europees Parlement de Raad van 18 september 2000, *PB L 262 van 17.10.2000*. De Richtlijn bestrijkt, blijkens art. 3 ‘alle werkzaamheden waarbij zich het risico van blootstelling aan biologische agentia kan voordoen’.

³⁴ 6e Bijzondere Richtlijn (2004/37/EG) van het Europees Parlement de Raad van 29 april 2004, *Pb L 158, 30.4.2004*.

³⁵ 1e Bijzondere Richtlijn (89/654/EEG) van de Raad van 30 november 1989, *PB L 393 van 30.12.1989*.

³⁶ 5e Bijzondere Richtlijn (90/270/EEG) van de Raad van 29 mei 1990, *PB L 156 van 21.6.1990*.

3.1.2 WERKINGSSFEER VAN DE NEDERLANDSE ARBOREGELGEVING

Net als de Europese Richtlijnen, kent de Nederlandse arboregelgeving een ruime werkingssfeer. De werkgever is gehouden de veiligheid en gezondheid van alle werknemers te beschermen. De wetgeving is in beginsel van toepassing op iedereen die in Nederland arbeid verricht.³⁷ Wel zijn in het Arbobesluit diverse uitzonderingen opgenomen (bijvoorbeeld voor werk in justitiële inrichtingen als gevangenissen, huizen van bewaring, tbs-klinieken en justitiële jeugdinrichtingen), hetgeen te maken heeft met het specifieke karakter van de betreffende sectoren dan wel met de specifieke belangen die daar in het geding zijn. Dit is echter niet het soort werkzaamheden dat onder Het Nieuwe Werken wordt verstaan. Van meer belang is dat ook voor *thuiswerkers* een aantal uitzonderingen geldt. Deze zullen in § 3.2 nader worden uitgewerkt. Hieronder volgt een meer algemene verhandeling over de werkingssfeer en de definitie van ‘werkgever’ en ‘werknemer’.

Werkgever en werknemer

De Arbeidsomstandighedenwet legt de werkgever verplichtingen op in het kader van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Artikel 1, lid 1 Arbowet definieert de werkgever als volgt:

- “1. degene jegens wie een ander krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten van arbeid, behalve indien die ander aan een derde ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid, welke die derde gewoonlijk doet verrichten.
2. degene aan wie een ander ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid als bedoeld onder 1”.*

Volgens het tweede lid van artikel 1 wordt onder werkgever mede verstaan:

- “1. degene die zonder werkgever of werknemer in de zin van het eerste lid te zijn, een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten;
2. degene die zonder werkgever of werknemer in de zin van het eerste lid te zijn, een ander niet onder zijn gezag arbeid in een woning doet verrichten, in bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gevallen.”*

Het eerste lid van artikel 1 bepaalt vervolgens dat onder werknemer, ‘de ander’ zoals bedoeld in artikel 1, lid 1 onder a Arbowet wordt bedoeld. Het tweede lid onder b, van dit artikel, sluit de vrijwilliger vervolgens uit. Wel kan, bij arbeid waaraan bijzondere gevaren voor de veiligheid of de gezondheid zijn verbonden, de werkingssfeer van de Arbeidsomstandighedenwet worden uitgebreid tot zelfstandigen, vrijwilligers, of degenen die bij een vrijwilliger werkzaam zijn, en een werkgever die de arbeid zelf verricht (art. 16, lid 7 Arbowet).

Uit het bovenstaande blijkt dat de Arbowet van toepassing is op werkgevers en werknemers in zowel de private als in de publieke sector. Daarbij gaat het niet alleen om de werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst of

³⁷ J. van Drongelen en J.A. Hofsteenge, *Handboek Arbowet 2010/2011*, Den Haag: Sdu, 2010, p. 24. Op grond van art. 2 Arbowet is de wetgeving ook van toepassing op arbeid die verricht wordt binnen de exclusieve economische zone, arbeid die geheel of ten dele buiten Nederland wordt verricht door personen die werkzaam zijn op zeeschepen die onder Nederlandse vlag varen, en arbeid die geheel of gedeeltelijk buiten Nederland wordt verricht door personen aan boord van luchtvaartuigen.

publiekrechtelijke aanstelling maar evenzeer om arbeid die *onder gezag* dient te worden verricht. Maar ook wanneer een werkgever een ander niet onder zijn gezag arbeid in een woning doet verrichten, kan er, in nader aan te wijzen gevallen, sprake zijn van een werkgever in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet.

Tenslotte bepaalt het achtste lid van art. 16 Arbeidsomstandighedenwet, dat bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat de verplichting tot nakoming van de aangegeven voorschriften rust op een ander dan de werkgever. Deze bepaling zou ook van belang kunnen zijn voor bijvoorbeeld aanbieders van flexwerkplekken (satellietkantoren en dergelijke). Vooralsnog vallen dergelijke ‘derden’ echter niet onder de werkingssfeer van dit artikel, maar is de wettelijke bepaling alleen ingeroepen met betrekking tot eigenaars of beheerders van liften en opdrachtgevers in de bouw.³⁸

Op dit punt kan worden geconcludeerd dat alle werknemers die op basis van arbeidsovereenkomst dan wel publiekrechtelijke aanstelling of anderszins onder gezag van de werkgever arbeid verrichten, bescherming van de arbowetgeving genieten. Dat geldt dus óók voor werknemers onder Het Nieuwe Werken – al zal hieronder met betrekking tot de toepasselijkheid van het Arbeidsomstandighedenbesluit een nadere inperking worden aangegeven.

Het Arbeidsomstandighedenbesluit

Naast de algemene beleidsverplichtingen van de werkgever is op grond van artikel 16 Arbowet een aantal meer specifieke eisen gesteld aan de arbeidsomstandigheden van werknemers. Deze zijn opgenomen in het Arbeidsomstandighedenbesluit. Het betreft normen met betrekking tot de inrichting van arbeidsplaatsen (hoofdstuk 3), het werken met gevaarlijke stoffen (hoofdstuk 4), fysieke belasting (hoofdstuk 5), fysieke factoren (o.a. lawaai en klimaat, hoofdstuk 6), en arbeidsmiddelen (hoofdstuk 7). Zoals bij herhaling aangegeven, gelden de normen in het Besluit voor alle werkgevers en werknemers.

De toepassing van de Arbowet en het Arbobesluit op de in artikel 16 Arbowet genoemde categorieën arbeid, is in de afdelingen 2 tot met 7 van hoofdstuk 1 van het Arbeidsomstandighedenbesluit nader geregeld. Voorts bevatten de afdelingen 8 tot en met 10 bijzondere bepalingen voor bijzondere categorieën werknemers, zoals jeugdigen, zwangere werknemers en werknemers tijdens de lactatie en thuiswerkers. Deze nadere regels met betrekking tot bijzondere sectoren en bijzondere categorieën werknemers zijn verwerkt in elk van de genoemde ‘inhoudelijke’ hoofdstukken uit het Besluit.

In het kader van deze studie is met name hoofdstuk 1 afdeling 10 Arbobesluit van belang: thuiswerkers. Op grond van art 1.43 van het Arbeidsomstandighedenbesluit is het besluit namelijk niet van toepassing op thuiswerk, tenzij uitdrukkelijk regels voor thuiswerk zijn gesteld. Dit impliceert dat van groot belang is wat onder ‘thuiswerk’ wordt verstaan. De vraag dringt zich immers op of werknemers die in het kader van Het Nieuwe Werken regelmatig thuis werken als ‘thuiswerkers’ dienen te worden beschouwd en, zo ja, of dit impliceert dat de bepalingen in het Arbobesluit op hen niet van toepassing zijn.

³⁸ J. van Drongelen en J.A. Hofsteenge, *Handboek Arbowet 2010/2011*, Den Haag: Sdu, 2010, p. 194.

De begrippen werkgever en werknemer zijn in het Arbeidsomstandighedenbesluit ten aanzien van thuiswerk nader gedefinieerd. Zo definieert artikel 1.1 lid 5 onder d van het Arbobesluit de thuiswerkgever als:

1° de werkgever, bedoeld in art. 1, lid 1 sub a, van de Arbowet, alsmede de werkgever als bedoeld in het tweede lid onderdeel a, onder 1° van de Arbowet voor zover hij een ander in een woning arbeid doet verrichten.

Onder thuiswerker wordt in het Arbobesluit de ander bedoeld (art. 1.1 lid 5 onder e).

Uit deze definitie blijkt dat degene die in een woning arbeid verricht, en dit onder gezag doet, als thuiswerker in de zin van het Arbeidsomstandighedenbesluit wordt aangemerkt. Hierbij is niet nader aangegeven of deze werkzaamheden al dan niet in tijd beperkt zijn, zoals in ILO Verdrag 177.

Als de arbeid in een woning niet onder gezag wordt verricht, kan er toch ook sprake zijn van thuiswerk in de zin van het Arbobesluit. Hiervoor geldt als voorwaarde dat de arbeid in de woning wordt verricht in het kader van een beroep of bedrijf, krachtens een overeenkomst van aanneming van werk of een overeenkomst van opdracht. Wanneer de ander in zijn zelfstandige bedrijfsuitoefening zich in de regel ook verplicht tegenover derden om dergelijke arbeid te verrichten, is evenwel geen sprake van een thuiswerker (art. 1.1, lid 5 sub d, onderdeel 2 Arbobesluit).³⁹ Thuiswerk omvat, volgens artikel 1.1, lid 5, sub f Arbobesluit, evenmin die arbeid die betrekking heeft op de woning zelf of arbeid van verplegende of verzorgende aard die aan personen wordt geboden.

Een en ander heeft tot gevolg dat de definitie betrekking heeft op arbeid in woningen:

- Verricht op basis van arbeidsovereenkomst
- Verricht onder gezag
- Verricht in het kader van een overeenkomst tot aanneming van werk of het verrichten van enkele diensten, voor zover de werkgever de arbeid doet verrichten in het kader van een beroep of bedrijf.⁴⁰

Van belang hierbij is overigens dat deze ‘aangenomen werkzaamheden’ of ‘enkele diensten’ worden verricht voor een vaste opdrachtgever en men niet ook ten opzichte van anderen verplichtingen is aangegaan.

Waar het ontwerp-Besluit Thuiswerk van 1994 beoogde een aantal werkzaamheden expliciet uit te sluiten van de arboregelgeving, blijkt uit met name de definitie in

³⁹ Hierbij wordt, blijkens de Memorie van Toelichting bij de wijziging van het Arbobesluit in verband met thuiswerk (*Stb.* 1994, 156) met name gedacht aan werkzaamheden die ook in het kader van Het Nieuwe Werken uitgevoerd kunnen worden. De Memorie van Toelichting stelt: “*Vooraf in de dienstensector wordt veel werk in of aan huis verricht waarvoor geen beschermende maatregelen worden overwogen. Te denken valt aan de werkzaamheden van artsen, advocaten, notarissen, architecten en kunstenaars. Niet alleen beoefenaars van vrije beroepen werken echter als zelfstandigen. Ook bij datatypistes, correctoren, vertalers en dergelijke komt het voor dat zij zelfstandig een beroep uitoefenen in een woning. Daarnaast pleegt door schilders, monteurs en anderen arbeid in woningen te worden verricht.*” Kamerstukken II 1992-1993, 23172, nr. 3 p. 16.

⁴⁰ Hierbij wordt, blijkens de Memorie van Toelichting bij de wijziging van het Arbobesluit in verband met thuiswerk (*Stb.* 1994, 156) met name gedacht aan werkzaamheden die ook in het kader van Het Nieuwe Werken uitgevoerd kunnen worden. De Memorie van Toelichting stelt: “*Vooraf in de dienstensector wordt veel werk in of aan huis verricht waarvoor geen beschermende maatregelen worden overwogen. Te denken valt aan de werkzaamheden van artsen, advocaten, notarissen, architecten en kunstenaars. Niet alleen beoefenaars van vrije beroepen werken echter als zelfstandigen. Ook bij datatypistes, correctoren, vertalers en dergelijke komt het voor dat zij zelfstandig een beroep uitoefenen in een woning. Daarnaast pleegt door schilders, monteurs en anderen arbeid in woningen te worden verricht.*” Kamerstukken II 1992-1993, 23172, nr. 3 p. 16.

artikel 1.1 lid 5 onder d dus dat ook het werken in de eigen woning⁴¹ in het kader van Het Nieuwe Werken als thuiswerk dient te worden beschouwd, waarvoor dus geldt dat een aantal bepalingen in het Arbobesluit *niet* van toepassing is.

Met betrekking tot thuiswerk heeft de Minister overwogen dat in de wettekst niet is opgenomen dat de arbeid in de *eigen* woning moet worden verricht. Op deze wijze zouden de thuiswerkers die in groepsverband bij een van hen thuis werken, niet onder de wet komen te vallen. Bovendien, zo vervolgt de Minister, wanneer de Arbowet alleen van toepassing zou zijn als de thuiswerker in zijn eigen woning de arbeid verricht, zou het mogelijk worden door elders werk te verrichten de wet te omzeilen.⁴² Hieruit kan worden opgemaakt dat het de wetgever niet louter gaat om om het reguleren van ‘thuiswerk’ in sensu strictu, maar meer in het algemeen om ‘atypische werkplekken’.

Deze ruime betekenis van ‘thuiswerk’ kan ook worden gelezen uit ILO-Verdrag 177, die overigens niet als zodanig is omgezet in het Besluit. Waar het Verdrag echter beoogt om de werkzaamheden in de ‘thuissituatie’ zoveel mogelijk onder dezelfde bescherming te brengen als werkzaamheden in een bedrijf of inrichting, is in het Nederlandse Arbobesluit (art. 1.43) nu juist een aantal algemeen geldende normen *niet* van toepassing verklaard voor de thuiswerksituatie. Men kan zich afvragen in hoeverre daarmee het ook door Nederland geratificeerde Verdrag wel op de juiste wijze is verwerkt in de regelgeving. In hoeverre dat *materieel* tot problemen zou kunnen leiden, is één van de onderwerpen in § 3.2.

3.2 DE ZORGPLICHT VAN DE WERKGEVER OP GROND VAN DE ARBOWET

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de verplichtingen van de werkgever, waarbij waar nodig zal worden aangegeven hoe deze verplichtingen ingevuld moeten worden in het licht van Het Nieuwe Werken. In § 3.2.1 wordt ingegaan op de algemene beleidsverplichtingen op grond van de Arbowet. De hoofdlijn van die paragraaf is dat de algemene verplichtingen van de werkgever ook van toepassing zijn jegens werknemers die plaats- of tijdongebonden arbeid verrichten. In § 3.2.2 wordt nader ingegaan op een aantal specifieke thema’s die zijn gereguleerd in het Arbobesluit. Zoals hierboven reeds is aangegeven, is het Arbobesluit wellicht niet in alle situaties

⁴¹ In de definitie van thuiswerk in het Arbeidsomstandighedenbesluit wordt het begrip ‘woning’ genoemd. Uit de Memorie van Toelichting op het Besluit Thuiswerk blijkt dat bij dit begrip is aangesloten bij het begrip ‘woning’ in de Algemene wet op het binnentreden. Kamerstukken II 1992-1993, 23172, nr. 3 p. 17. Ofschoon ook in deze laatste wet het begrip ‘woning’ niet wordt gedefinieerd, wordt in de Memorie van Toelichting op deze wet wel uitgebreid op dit begrip ingegaan. Hieruit blijkt dat het moet gaan om een ruimte die tot exclusief verblijf voor een persoon of voor een beperkt aantal in een gemeenschappelijke huishouding levende personen ingericht en bestemd is. (Kamerstukken II 1984-1985, 19073, nr. 3 p. 20). Of een ruimte een woning is, wordt niet zonder meer bepaald door uiterlijke kenmerken zoals de bouw en de aanwezigheid van een bed en ander huisraad, maar ook door de daaraan werkelijk gegeven bestemming. Evenmin behoeft de woning in een woonhuis gelegen te zijn. Tal van woningen bevinden zich in woonwagens en woonschepen. Daarnaast kan in een ander schip of in een tent, caravan, keet of barak een woning zijn ingericht. De vraag of een hotelkamer waarin men niet langdurig verblijft, ook als woning kan worden gezien, wordt in de MvT niet eenduidig beantwoord. (Kamerstukken II 1984-1985, 19073, nr. 3 p. 20)

⁴² Kamerstukken II 1992-1993, 23172, nr. 3 p. 17-18.

van toepassing op Het Nieuwe Werken. In hoeverre dit het geval is, zal rond een aantal thema’s nader worden geanalyseerd.

3.2.1 ALGEMENE BELEIDSVERPLICHTING VAN DE WERKGEVER

Op grond van artikel 3 Arbowet zorgt de werkgever voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake *alle* met de arbeid verbonden aspecten (cursivering van de auteurs) en voert hij daartoe een beleid dat gericht is op zo goed mogelijke arbeidsomstandigheden. Hierbij dient hij, gelet op de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening, zoveel als redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, de arbeid zo te organiseren dat daarvan geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer. Daarbij volgt hij de zogeheten arbeidshygiënische strategie (gevaaren en risico’s zoveel mogelijk in eerste aanleg bij de bron daarvan voorkomen of beperken, en als dat niet kan maatregelen nemen).

De publiekrechtelijke zorgplicht kent een civielrechtelijke pendant in artikel 7:658 BW, waarin wordt gesteld dat de werkgever “verplicht [is] de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.” De zorgplicht van de werkgever dient, in het algemeen, ruim te worden uitgelegd (zie ook hoofdstuk 6). Op dit punt kan al wel worden gewezen op de ruime definitie van arbeidsplaatsen en arbeidsmiddelen in artikel 1 Arbowet. Onder arbeidsplaats wordt in artikel 1, lid 3 sub g Arbowet verstaan: “*iedere* plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt” (cursivering van de auteurs). Daaronder dienen dus óók atypische werkplekken te worden verstaan – al zal in § 3.2.2 worden aangegeven dat dit geen absolute verplichting voor de werkgever vestigt. Onder arbeidsmiddelen wordt op grond van artikel 1, lid 3 sub h verstaan: “alle op de arbeidsplaats gebruikte machines, installaties, apparaten en gereedschappen.” Ook de reikwijdte van het begrip ‘arbeidsmiddel’ zal nader worden onderzocht in § 3.2.2

Naast de algemene zorgplicht van de werkgever dient deze de inrichting van de arbeidsplaatsen, de werkmethoden en de bij de arbeid gebruikte arbeidsmiddelen alsmede de arbeidsinhoud aan de persoonlijke eigenschappen van de werknemer aan te passen. In aanvulling hierop bepaalt artikel 4 Arbowet dat deze verplichting ook geldt voor de werkgever wiens werknemer in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten. Tevens dient de werkgever, het bedrijf aan die werknemer aan te passen voorzover de behoefte daaraan wordt opgeroepen door de deelneming van die werknemer aan de werkzaamheden of het daarmee samenhangende verblijf in het bedrijf.⁴³

⁴³ In dit licht kan worden opgemerkt dat de technologische mogelijkheden van Het Nieuwe Werken een kans bieden om ook (potentiële) werknemers met een lichamelijke beperking vanuit de thuiswerksituatie aan het werk te houden – al kan men zich afvragen of dit niet ook het risico in zich bergt dat werknemers met een beperking buiten het bedrijf worden gehouden.

Voorts geldt een aantal algemene beleidsverplichtingen, zoals het vermijden dan wel beperken van monotone en tempogebonden arbeid, en het treffen van maatregelen op het gebied van de eerste hulp bij ongevallen, de evacuatie van werknemers en andere aanwezige personen waarbij doeltreffende verbindingen worden onderhouden met de desbetreffende externe hulpverleningsorganisaties. Voorts dient de werkgever, binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid te voeren dat gericht is op voorkoming dan wel beperking van psychosociale arbeidsbelasting (waaronder overmatige werkdruk).⁴⁴ De verplichting tot het vermijden van monotone en tempogebonden arbeid of beperking van psychosociale arbeidsbelasting geldt evenzeer voor werknemers die op atypische locaties werken als voor werknemers in het eigen bedrijf⁴⁵ – al is het wellicht lastig om signalen van mentale overbelasting vast te stellen indien werknemers minder vaak aanwezig zijn. De regelgeving schrijft echter niet voor *hoe* psychosociale arbeidsbelasting voorkomen dient te worden: dit is een kwestie van maatwerk, waar ook in de situatie van Nieuw Werken beleid op zal moeten worden gemaakt in overleg met de werknemers (art. 12 Arbowet).

Het arbeidsomstandighedenbeleid van de werkgever dient gebaseerd te zijn op een schriftelijke risico-inventarisatie en -evaluatie (art. 5 Arbowet). Deze RI&E dient tevens een beschrijving van de gevaren, de risico-beperkende maatregelen en de risico's voor bijzondere categorieën van werknemers te bevatten. De werkgever kan niet volstaan met het maken van de inventarisatie en evaluatie, maar dient tevens een plan van aanpak op te stellen, die deel uit maakt van de RI&E. De RI&E wordt zo vaak als de opgedane ervaring, gewijzigde werkmethoden of werkomstandigheden of de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening daartoe aanleiding geven aangepast.

In verband met Het Nieuwe Werken kan met betrekking tot de RI&E-verplichting worden opgemerkt dat deze verplichting zich in essentie uitstrekt tot - zoals artikel 3 aangeeft - *alle* met de arbeid verbonden aspecten (cursivering van de auteurs). Ook het Europees Hof van Justitie concludeerde over de reikwijdte van de RI&E-verplichting tot een “algemene verplichting om *alle* risico's voor de veiligheid en de gezondheid van werknemers te evalueren” (cursivering van de auteurs).⁴⁶ Dit is ook letterlijk zo bepaald in art. 5 lid 1 van Kaderrichtlijn 89/391/EEG. Dat betekent dat het onderwerp ‘Het Nieuwe Werken’ en de daaraan verbonden risico's expliciet aan orde zullen moeten komen in de risico-inventarisatie en -evaluatie. Risico's die voor de hand liggen zijn psycho-sociale overbelasting (vgl. in dit verband ook hoofdstuk 4) en een onergonomische werkplek. Ook dient de werkgever rekening te houden met ‘de stand van de wetenschap’: indien met betrekking tot Het Nieuwe

⁴⁴ Art. 1, lid 3 sub e Arbowet definieert het begrip psychosociale arbeidsbelasting als: “de factoren direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen”.

⁴⁵ Vgl. ook de bepalingen in het Arbobesluit die gaan over psychosociale arbeidsbelasting (art. 2.15 Arbobesluit), die blijkens art. 2.45 Arbobesluit tevens van toepassing zijn op thuiswerkers. Deze laatste bepaling houdt in dat als het risico bestaat dat werknemers aan deze vorm van arbeidsbelasting (kunnen) worden blootgesteld, de risico's hiervan beoordeeld moeten worden in de RI&E en de maatregelen ter voorkoming of beperking daarvan moeten worden opgenomen in het plan van aanpak. Tevens dient de werkgever aan de werknemers die het gevaar lopen om aan psychosociale arbeidsbelasting blootgesteld te worden, voorlichting en onderricht te geven, gericht op voorkoming of beperking van die belasting.

⁴⁶ HvJEG, C-49/00 (Europese Commissie/Italië)

Werken nieuwe inzichten ontstaan over eventuele risico’s van het werken op atypische werkplekken, dan zal de werkgever hier rekening mee dienen te houden en de risico-inventarisatie en -evaluatie dienovereenkomstig dienen aan te passen.

Ook met betrekking tot een aantal andere algemene beleidsverplichtingen geldt dat deze onverkort van toepassing zijn op Het Nieuwe Werken. Te denken valt met name aan artikel 8 Arbowet, dat stelt dat de werkgever ervoor dient te zorgen dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de te verrichten werkzaamheden en de daaraan verbonden risico’s (dus ook de risico’s verbonden met het werken op een thuiswerkplek of op andere atypische locaties), alsmede over de maatregelen die erop gericht zijn deze risico’s te voorkomen of te beperken. Tevens dient de werkgever toe te zien op de naleving van de instructies en voorschriften gericht op het voorkomen of beperken van de risico’s alsmede op het juiste gebruik van de persoonlijke beschermingsmiddelen.

Dit laatste punt (toezicht houden) is binnen het kader van Het Nieuwe Werken echter een serieus knelpunt. Het spreekt voor zich dat de werkgever of de met het toezicht belaste personen (vgl. art. 3 lid 3 Arbowet⁴⁷), niet altijd fysiek aanwezig zullen zijn om toe te zien op naleving van de instructies en de andere verplichtingen die de werknemer heeft op grond van art. 11 van de wet (in het bijzonder het juist gebruik van arbeidsmiddelen en gevaarlijke stoffen, art. 11 onder a) of het voorkomen van psychische overbelasting door structureel overwerk. Dit punt komt nader aan de orde in § 3.3.

Ten slotte zijn ook algemene verplichtingen, zoals toegang tot deskundigen respectievelijk een arbodienst (zie art. 5 lid 2 jo art. 13-14a Arbowet) of het recht van werknemers op een arbeidsgezondheidskundig onderzoek (art. 18 Arbowet) gewoon van toepassing voor werknemers die regelmatig vanuit huis werken of werken vanaf een atypische locatie.

De beperkingen die gelden ten aanzien van thuiswerk (zie § 3.1.2) gelden *niet* met betrekking tot de verplichtingen in de Arbowet. De werkgever zal zich, ook gezien zijn zorgplicht jegens werknemers die plaatsongebonden werk verrichten, onverkort dienen te houden aan de algemene beleidsverplichtingen. In voorkomende gevallen zal de werkgever in overleg met de werknemers(vertegenwoordiging) een antwoord moeten vinden op de vraag hoe dit beleid onder Het Nieuwe Werken gestalte zal dienen te krijgen, maar dat laat onverlet dat de verplichtingen wel dienen te worden nagekomen (zie ook hoofdstuk 6: aansprakelijkheid).

Dat de algemene beleidsverplichtingen onverkort gelden in situaties van Het Nieuwe Werken kan ook worden afgeleid uit de tekst van artikel 6 van de Kaderrichtlijn 89/391/EEG, die geen inperking kent met betrekking tot het soort werkzaamheden. Hetzelfde geldt voor art. 10 van de Richtlijn, die handelt over voorlichting omtrent de risico’s “voor elk type werkplek en/of elke soort functie” – waarmee dus een ruime toepassing van de Richtlijn is beoogd.

⁴⁷ “Ter uitvoering van [zijn verplichtingen op grond van art. 3] draagt de werkgever zorg voor een goede verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de bij de werkgever werkzame personen”

3.2.2 NADERE VERPLICHTINGEN OP GROND VAN HET ARBOBESLUIT

De verplichtingen die de Arbeidsomstandighedenwet de werkgever oplegt, zijn gericht op de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten. Wat onder arbeid moet worden verstaan, wordt verder niet gedefinieerd. Het ligt voor de hand dat het hierbij gaat om de arbeid die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst of de publiekrechtelijke aanstelling of uit een andere overeenkomst die tussen werkgever en werknemer geldt, zoals de overeenkomst van opdracht of aanneming van werk. Waar deze arbeid wordt verricht, speelt evenmin een rol. De definitie van het begrip ‘arbeidsplaats’ in de Arbowet is, zoals hierboven reeds aangegeven, zeer ruim. Pas wanneer het gezagselement ontbreekt, wordt relevant of de arbeid in een woning wordt verricht (art. 1, lid 2, sub a onderdeel 2 Arbowet).

De eerdere analyse van het begrip ‘thuiswerk’ en de ruime definitie van het begrip ‘arbeidsplaats’ lijken zich slecht met elkaar te verdragen. Het begrip ‘arbeidsplaats’ lijkt de regelgeving immers overal van toepassing te doen zijn, terwijl het begrip thuiswerk nu juist impliceert dat een deel van het Arbobesluit *niet* van toepassing is. Alvorens op die spanning in te gaan, lijkt het goed om hieronder nogmaals in te gaan op die arbeid die onder de noemer thuiswerk valt.

Thuiswerk omvat, volgens artikel 1.1, lid 5, sub f Arbobesluit, de arbeid die de werkgever in de woning doet verrichten – met uitzondering van arbeid verricht ten behoeve van de woning alsmede arbeid van verplegende en verzorgende of huishoudelijke aard die geboden wordt aan personen in verband met ziekte, herstel, ouderdom, handicap, overlijden of psycho-sociale en relationele problemen. Uit artikel 1, lid 5 sub d Arbobesluit blijkt verder dat de definitie van de thuiswerkgever overeenkomt met de definitie van werkgever in de Arbeidsomstandighedenwet, daar waar de arbeid onder gezag wordt verricht. Hierbij voegt de bepaling uit het Arbeidsomstandighedenbesluit aan de definitie van thuiswerkgever nog toe ‘voor zover hij de arbeid in een woning doet verrichten’. Wordt de arbeid niet onder gezag verricht, dan bepaalt het Arbobesluit dat onder thuiswerkgever begrepen wordt de werkgever die in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf een ander krachtens een overeenkomst tot aanneming van werk of krachtens een overeenkomst van opdracht in een woning arbeid doet verrichten, tenzij die ander zelfstandig een beroep of bedrijf uitoefent waarin hij zich in de regel ook tegenover derden tot het verrichten van dergelijke arbeid verplicht (art. 1, lid 5 onder ten tweede Arbobesluit). Artikel 1.43 van het Arbeidsomstandighedenbesluit bepaalt dat het Arbeidsomstandighedenbesluit *niet* van toepassing is op thuiswerk, tenzij uitdrukkelijk regels voor thuiswerk zijn gesteld.

Het eerste hoofdstuk van het Arbeidsomstandighedenbesluit bevat enkele specifieke bepalingen voor thuiswerkers. Zo dient de werkgever van de thuiswerkers gegevens omtrent naam, adres en woonplaats beschikbaar te hebben alsmede gegevens van de werkzaamheden die door de thuiswerkers worden verricht en van de stoffen, hulpmiddelen en werktuigen die daarbij worden gebruikt (art. 1.44 Arbobesluit). Voorts bepaalt art. 1.45 Arbobesluit, dat het aan de thuiswerker niet is toegestaan een grotere hoeveelheid aan grondstoffen, halffabrikaten en gereede producten in voorraad te geven of te laten houden dan voor de arbeid strikt noodzakelijk is.

Het Arbobesluit bevat behalve in het eerste hoofdstuk op verschillende plaatsen bepalingen gericht op thuiswerkers en ook worden enkele hoofdstukken uit het Arbo-

besluit uitdrukkelijk wél op thuiswerkers van toepassing verklaard. Hieronder volgt een analyse van een aantal inhoudelijke thema’s, te weten:

- Arbeidsmiddelen
- Gevaarlijke stoffen
- Persoonlijke beschermingsmiddelen
- Fysieke belasting
- Fysische factoren
- Beeldschermwerk
- Arbeidsplaatsen

Arbeidsmiddelen

De werkgever is in het algemeen verplicht de werknemers met zodanige arbeidsmiddelen uit te rusten en te laten werken dat de veiligheid en de gezondheid van de werknemers tijdens het gebruik kunnen worden gewaarborgd.⁴⁸ Dit geldt ook voor thuiswerkers: de eerste drie afdelingen van hoofdstuk 7 in het Nederlandse Arbobesluit zijn integraal van toepassing op de thuiswerker. Hierbij gaat het om de veiligheid en de gezondheid van werknemers in relatie tot het gebruik van arbeidsmiddelen. De definitie van arbeidsmiddelen is bijzonder ruim: artikel 1, lid 3 sub h van de wet spreekt in dit verband over “*alle* op de arbeidsplaats gebruikte machines, installaties, apparaten en gereedschappen.” De definitie in de tweede bijzondere Richtlijn inzake veiligheid en gezondheid bij het gebruik door werknemers van arbeidsmiddelen op de arbeidsplaats is gelijkloidend. Wat een ‘arbeidsplaats’ is, wordt in de Richtlijn niet nader gedefinieerd. Het ligt voor de hand dat voor invulling van het begrip arbeidsplaats aansluiting gezocht wordt bij de definitie in Richtlijn 89/654/EEG. Daar staat in artikel 3: 1. “De werkgever neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat arbeidsmiddelen die *in de onderneming of de inrichting* (cursivering onderzoekers) ter beschikking van de werknemers worden gesteld, geschikt zijn voor het uit te voeren werk...”

Dit zou impliceren dat arbeidsmiddelen die *niet* op een ‘arbeidsplaats’ worden gebruikt, ook niet aan de eisen van de Richtlijn hoeven te voldoen. Dit lijkt echter niet aannemelijk. Ook al stelt de Richtlijn geen bijzondere eisen aan arbeidsmiddelen die *niet* op de arbeidsplaats in sensu strictu worden gehanteerd, dan nog mag worden aangenomen dat de werkgever gehouden is arbeidsmiddelen ter beschikking te stellen die voldoen aan de stand van de wetenschap en techniek, en althans geen risico’s voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers met zich mee brengen - dit op grond van zijn zorgplicht ex artikel 7:658 lid 1 BW en artikel 3 Arbowet. Ook leidt de definitie van arbeidsmiddel in artikel 1 lid 3 onder h Arbowet in combinatie met hetzelfde lid onder g tot een ruimere lezing dan op grond van de Richtlijn kan worden aangenomen.

Bovendien mag op grond van de zorgplicht van de werkgever worden aangenomen dat arbeidsmiddelen die in het algemeen dienen te worden gekeurd (art. 5 Richtlijn resp. 7.4a Arbobesluit) ook dienen te worden gekeurd indien deze worden gebruikt op a-typische arbeidsplaatsen. De werkgever is voorts verantwoordelijk voor de (de)montage, het onderhoud de reparatie en de reiniging van de arbeidsmiddelen. Uitdrukkelijk vermeldt art. 7.42 van het Arbeidsomstandighedenbesluit dat indien het met de werkzaamheden noodzakelijk is dat elektrische apparatuur moet worden aangesloten of anderszins leidingen of kabels moeten worden aangelegd, dit op een

⁴⁸ *Stb.* 1997, 60 p. 416

juiste wijze gebeurt opdat daarvan door de thuiswerker veilig gebruik kan worden gemaakt.

Het is, samengevat, dus duidelijk dat plaatsongebonden werkzaamheden waarbij (gevaarlijke) arbeidsmiddelen worden gehanteerd aan dezelfde eisen dienen te voldoen als ‘gewone’ werkzaamheden. De eerste drie afdelingen van hoofdstuk 7 Arbobesluit zijn eveneens van toepassing op thuiswerk – en aangenomen mag worden dat dit ook geldt voor werkzaamheden op andere locaties (klussen bij derden, bouw-werkzaamheden etcetera). De definitie van het begrip ‘arbeidsmiddel’ is voorts ruim, en omvat alle op de arbeidsplaats gebruikte machines, installaties, apparaten en gereedschappen.

Gevaarlijke stoffen

De relevante regels betreffende het werken met gevaarlijke stoffen zijn opgenomen in hoofdstuk 4 Arbobesluit. Dit hoofdstuk is de implementatie van richtlijn 98/24/EG betreffende de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van werknemers tegen risico's van chemische agentia op het werk. De Richtlijn beoogt werknemers te beschermen tegen risico's voor hun veiligheid en gezondheid die het gevolg zijn of vermoedelijk zullen zijn van de effecten van chemische agentia die aanwezig zijn *op het werk of van een beroepswerkzaamheid waarbij chemische agentia zijn betrokken*. Artikel 2 onder c) impliceert een brede werkingssfeer van beroepswerkzaamheden waarbij chemische agentia zijn betrokken: “*elk* werk waarbij chemische agentia gebruikt worden of de bedoeling bestaat die te gebruiken in een proces, waaronder productie, behandeling, opslag, vervoer of verwijdering en verwerking, of waarbij chemische agentia worden”. De Richtlijn carcinogene of mutagene agentia kent eveneens een ruime werkingssfeer: art. 4 van de Richtlijn schrijft voor dat de werkgever het gebruik van een carcinogeen of mutageen agens op het werk vermindert. In de Engelse tekst van de Richtlijn staat “at the place of work”. Een nadere definitie van “op het werk”/“place of work” wordt niet gegeven. De Richtlijn bevat ook geen uitzonderingen voor andere arbeidsplaatsen, maar spreekt in brede zin over “the place of work”.

Er is blijkens de formuleringen in de Richtlijnen geen reden om aan te nemen dat werkzaamheden met gevaarlijke stoffen anders dan *binnen* een bedrijf zijn uitgesloten van de werkingssfeer. Er wordt ook geen onderscheid gemaakt naar werknemers en thuiswerkers. Het ligt dus voor de hand dat niet-plaatsgebonden werkzaamheden met chemische agentia aan hetzelfde arbeidshygiënische regime dienen te voldoen als werkzaamheden binnen de begrenzing van een bedrijf. Het ligt gezien de ernst van de risico's en de hoge eisen die worden gesteld aan het arbeidshygiënisch regime niet voor de hand dat er werkplekken zijn die niet ook onderdeel uitmaken van de arbeidsplaats anders dan binnen de onderneming.

De verplichtingen met betrekking tot het arbeidshygiënische regime zijn voor Nederland primair neergelegd in hoofdstuk 4 afdeling 1 Arbobesluit, waaronder: algemene preventieve maatregelen, nadere voorschriften met betrekking tot risico-inventarisatie en -evaluatie en registratie, de arbeidshygiënische strategie en arbeidsgezondheidskundig onderzoek. Deze bepalingen zijn van dien aard dat onaannemelijk is dat de werkzaamheden anders dan op een goed geschikte en gecontroleerde arbeidsplaats kunnen of mogen plaatsvinden.

Dit vindt zijn weerslag in artikel 4.110 Arbobesluit, dat bepaalt dat thuiswerk met gevaarlijke stoffen slechts met bepaalde stoffen is toegestaan. In de Nota van

Toelichting wordt hierover opgemerkt dat het voor de thuiswerkgever praktisch gezien bijna niet mogelijk is de noodzakelijke voorzieningen voor het werken met dergelijke stoffen in de woning te realiseren. Uitgangspunt bij de formulering van de zogenoemde witte lijst zoals neergelegd in het onderhavige artikel is geweest, dat die stoffen zijn toegestaan waarvoor bij blootstelling het dragen van een geschikte veiligheidsbril of geschikte handschoenen voldoende bescherming kan bieden.⁴⁹ In de RI&E dient met betrekking tot de in artikel 4.110 onder a genoemde stoffen in ieder geval door de werkgever vastgesteld te worden aan welke stoffen thuiswerkers worden of kunnen worden blootgesteld en wat de gevaren zijn die aan die stoffen zijn verbonden. Op grond van het bepaalde in artikel 9.4 Arbobesluit ligt de verplichting tot naleving van dit voorschrift niet alleen bij de thuiswerkgever maar ook bij de thuiswerker.

Persoonlijke beschermingsmiddelen.

Van het achtste hoofdstuk van het Arbobesluit, dat bepalingen bevat over persoonlijke beschermingsmiddelen, is afdeling 1 eveneens van toepassing op thuiswerkers (art. 8.15 Arbobesluit). De kern van deze verplichtingen is dat, indien uit de risico-inventarisatie en -evaluatie blijkt dat er gevaar voor de veiligheid of gezondheid van (thuis)werknemers bestaan, de werknemer dient te beschikken over adequate persoonlijke beschermingsmiddelen. De bepalingen omtrent veiligheids- en gezondheidssignalering gelden *niet* voor thuiswerkers. Dit ligt ook in de rede, aangezien het niet zinvol lijkt om in de eigen woning aparte veiligheidssignalering aan te brengen (los, uiteraard, van eventuele veiligheids- en gezondheidssignalering die is aangebracht op arbeidsmiddelen of gevaarlijke stoffen).

Fysieke belasting

Op grond van artikel 5.14 Arbobesluit zijn de eerste twee afdelingen van hoofdstuk 5 (fysieke belasting) van het Arbeidsomstandighedenbesluit van overeenkomstige toepassing op thuiswerkers. In art. 5.1 Arbobesluit is bepaald dat in de eerste afdeling onder richtlijn moet worden verstaan, Richtlijn nr. 90/269/EEG van de Europese Gemeenschappen van 29 mei 1990 betreffende de minimum veiligheids- en gezondheidsvoorschriften voor het handmatig hanteren van lasten met gevaar voor met name rugletsel voor de werknemers. Deze Richtlijn bevat geen definitie van werknemer en/of arbeidsplaats, waarmee de verplichtingen van de werkgever krachtens de richtlijn van toepassing zijn op *alle* werksituaties. Er wordt ook geen onderscheid gemaakt naar werknemers en thuiswerkers.

Nu de afdeling ook van toepassing is op thuiswerk, betekent dat dat ook voor thuiswerkers de eis geldt dat risico's op fysieke overbelasting die zich bij de arbeid kunnen voordoen, moeten worden voorkomen. Op grond van artikel 5.2 Arbobesluit moet vanuit deze achtergrond hiermee bij de organisatie van de arbeid, de inrichting van de arbeidsplaats, de toepassing van de productie- en werkmethode en het gebruik van hulp- en persoonlijke beschermingsmiddelen rekening worden gehouden. Daar waar de gevaren niet voorkomen kunnen worden, dienen deze zoveel als mogelijk beperkt te worden en dient in de RI&E de veiligheids- en gezondheidsaspecten van de fysieke belasting beoordeeld te worden (art. 5.3 Arbobesluit). Tenzij dit redelijkerwijs niet kan worden gevegd, worden de werkplekken ingericht volgens de ergonomische beginselen. Hier dient zich de vraag aan in hoeverre het hele huis als 'werkplek' dient

⁴⁹ *Stb.* 1997, nr. 60, p. 378.

te worden gezien. Deze kwestie komt aan de orde bij de passage over ‘arbeidsplaatsen’.

Ook dient doeltreffend voorlichting en onderwijs gegeven te worden over de wijze waarop lasten worden gehanteerd, en dienen de aan het handmatig hanteren van lasten verbonden gevaren zoveel mogelijk worden beperkt. Dit is voor ‘Nieuwe Werkers’ niet anders dan voor ‘gewone’ werknemers.

Fysische factoren

Hoofdstuk 6 Arbobesluit bevat een aantal deelonderwerpen, waarvan alleen voor het onderwerp ‘verlichting’ een expliciete bepaling is opgenomen voor thuiswerkers (art. 6.30 Arbobesluit): indien de thuiswerker uit eigen hoofde reeds beschikt over voorzieningen voor kunstverlichting, hoeft de werkgever deze niet ter beschikking te stellen. Uit deze formulering kan worden afgeleid dat, indien de werknemer *niet* over kunstlicht beschikt, dat dan kennelijk de werkgever wél gehouden is kunstlicht ter beschikking te stellen.

De bepalingen van hoofdstuk 6 van het Arbeidsomstandighedenbesluit, zijn echter niet expliciet van toepassing op de thuiswerker. Hier is wel een zekere ratio voor te bedenken: de werkgever zal niet altijd zeggenschap hebben over de fysische omstandigheden waaraan de thuiswerker wordt blootgesteld (bijvoorbeeld temperatuur/luchtverversing, verlichting of lawaai). Dit zou een ingreep vergen in de ‘woning’, waarbij de werkgever geen of slechts beperkte zeggenschap heeft over de woonsituatie van de thuiswerker. Ook zou een dergelijke ingreep door de werkgever door de thuiswerker (en de zijnen) waarschijnlijk als een onevenredige schending van de persoonlijke levenssfeer worden ervaren.

Aan de andere kant is het merkwaardig dat thuiswerkers niet beschermd worden tegen bijvoorbeeld de risico’s van lawaai – al is het maar door bijvoorbeeld de werknemer op te dragen om in lawaaiige omgeving adequate beschermingsmiddelen te gebruiken (art. 6.8 lid 9). Ook zou ‘lawaai’ op atypische werkplekken onderdeel moeten uitmaken van de risico-inventarisatie en -evaluatie op grond van artikel 5 Arbowet, en er is geen logische reden waarom dan niet ook de nadere voorschriften risico-inventarisatie en -evaluatie (art. 6.7 Arbobesluit) van toepassing zijn. Evenmin is er grond om aan te nemen dat bijvoorbeeld de bepalingen met betrekking tot trillingen niet ook op thuiswerkers van toepassing zouden moeten zijn.

Het onderscheid tussen plaatsongebonden en ‘gewoon’ werk is waarschijnlijk ook niet in overeenstemming met de respectievelijke Richtlijnen. Dit blijkt onder meer uit overweging 7 bij de Richtlijn betreffende de minimumvoorschriften inzake gezondheid en veiligheid met betrekking tot de blootstelling van werknemers aan de risico's van fysische agentia (lawaai), waarin expliciet is vermeld dat de Commissie beoogt “voor *alle* werknemers van de Gemeenschap een als minimum te beschouwen basisbescherming te bieden” (cursivering onderzoekers). Art. 1 lid 2 van de Richtlijn bepaalt voorts: “De voorschriften van deze richtlijn gelden voor activiteiten waarbij werknemers vanwege hun werk worden of kunnen worden blootgesteld aan risico's verbonden aan lawaai.” Dit is dus niet aan werkplek gebonden, al spreekt overweging 5 wel over “met lawaai, trillingen en andere fysische agentia *op de arbeidsplaats* verbonden risico's” (“at the workplace”). De beperkte definitie van ‘arbeidsplaats’ in de Richtlijn Arbeidsplaatsen is al eerder aangehaald, en verdient nadere studie.

Arbeidsplaatsen

Richtlijn 89/654/EEG van de Raad van 30 november 1989 betreffende minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor arbeidsplaatsen definieert arbeidsplaats als: “elke plaats die bestemd is als locatie voor werkplekken in gebouwen van de onderneming en/of inrichting, met inbegrip van elke andere plaats op het terrein van de onderneming en/of inrichting waartoe de werknemer in het kader van zijn werk toegang heeft” (“on the premises of the undertaking and/or establishment and any other place within the area of the undertaking and/or establishment”)

Dit lijkt erop te duiden dat de definitie van arbeidsplaats zich beperkt tot plaatsen die echt gekoppeld zijn aan het gebouw van de onderneming of het terrein van de onderneming. Dus thuiswerkplekken of tijdelijke werkplekken (hier niet in de zin van Richtlijn 92/57/EEG, i.c. bouwlocaties, maar bijvoorbeeld internetcafés) vallen er niet onder. Kaderrichtlijn 89/391/EEG geeft géén definitie van arbeidsplaats, maar stelt wél dat de werkgever alle risico’s met betrekking tot de inrichting van de arbeidsplaats dient te inventariseren (art. 6 lid 3 Kaderrichtlijn).

De Richtlijn Arbeidsplaatsen bevat bepalingen over onder meer veiligheidsvoorzieningen (uitgangen/nooduitgangen), technisch onderhoud, hygiëne op de werkplek. Meer specifiek worden in de bijlagen genoemd: elektrische installaties, temperatuur, verlichting en in totaal 17 deelonderwerpen, die echter blijkens de definitie in de Richtlijn waarschijnlijk niet van toepassing zijn op (flex)werkplekken buiten de eigen onderneming. Dit blijkt ook uit het gegeven dat hoofdstuk 3 Arbo-besluit, waarin de Richtlijn is geïmplementeerd, niet van toepassing is verklaard op thuiswerk. De ratio hierachter is dat de werkgever in veel gevallen weinig zeggenschap zal hebben over werkplekken buiten de eigen onderneming – niet in de woning van de thuiswerker, en al helemaal niet op andere atypische werkplekken zoals internetcafés, wegrestaurants en dergelijke.

Hier valt, op grond van art. 1 lid 3 onder g Arbowet, tegenin te brengen dat in de wet een ruimere betekenis wordt toegekend aan het begrip ‘arbeidsplaats’ dan de beperkte definitie in de Richtlijn. Onder arbeidsplaats wordt in art. 1, lid 3 sub g Arbowet verstaan: “*iedere* plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt” (cursivering onderzoekers). Daaronder dienen dus óók atypische werkplekken te worden verstaan.

Opvallend genoeg kent hoofdstuk 3 Arbobesluit géén definitie van het begrip arbeidsplaats. Wel bepaalt art 3.1b. Arbobesluit: “Een arbeidsplaats in een gebouw als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder c, van de Woningwet (i.e. “elk bouwwerk, dat een voor mensen toegankelijke overdekte geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte vormt”, toevoeging onderzoekers) wordt slechts gebruikt indien het gebouw voldoet aan de bij of krachtens het Bouwbesluit 2003 gegeven voorschriften met betrekking tot de van toepassing zijnde gebruiksfunctie in de zin van dat besluit.” Interessant is in dit kader dan de vraag of woningen die (tevens) als werkplek worden gebruikt, dan ook dienen te voldoen aan de eisen van de desbetreffende gebruiksfunctie (i.c. arbeid). Nu voor ‘thuiswerk’ hoofdstuk 3 Arbobesluit niet van toepassing is, kan een strikte lezing van de tekst geen antwoord bieden op deze vraag. De bepaling in art. 3.1b Arbobesluit stelt echter wel de meer fundamentele kwestie aan de orde of een arbeidsplaats (in ruime zin, ex art. 1 Arbowet) niet altijd aan minimale eisen voor de desbetreffende (gebruiks)functie dient te voldoen – en wat daarin de verantwoordelijkheid van de werkgever is. Op grond van jurisprudentie kan immers worden

gesteld dat de afwezigheid van wettelijke normen niet ook impliceert dat de werkgever dan geen enkele verantwoordelijkheid draagt voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers – in tegendeel. Wanneer publiekrechtelijke normen ontbreken, zal op basis van de omstandigheden van het geval gekeken moeten worden naar wat de werkgever had moeten doen in een situatie die als gevaarlijk of ongezond moet worden aangemerkt. Er zijn ook situaties denkbaar waarin de werkgever verplicht is op grond van artikel 7:658 BW *verdergaande* maatregelen te nemen dan waartoe de arbowetgeving verplicht.⁵⁰

In concluderende zin kan hier worden opgemerkt dat de definitie van ‘arbeidsplaats’ niet eenduidig is (in de Richtlijn duidelijk beperkter dan in art. 1 Arbowet), en dat nadere uitwerking van de definitie voor arbeidsplaatsen *buiten* ‘gebouwen van de onderneming en/of inrichting’ wenselijk is – of ten minste dat moet worden uitgewerkt hoe de definitie in de Richtlijn zich verhoudt tot de ruimere definitie in art. 1 Arbowet. Hierbij zal in ieder geval in de overwegingen betrokken moeten worden in hoeverre de werkgever zeggenschap heeft over de ‘arbeidsplaats’. Maar op grond van de zorgplicht van de werkgever mag worden aangenomen dat een arbeidsplaats waar te vrezen valt voor schade aan de gezondheid van de werknemer niet voldoet aan de eisen, en dat de werkgever in dergelijke situaties de arbeid ter plekke zal moeten verbieden.

Beeldschermwerk

Eén van de meest kenmerkende aspecten van Het Nieuwe Werken is de mogelijkheid van plaatsongebonden beeldschermwerk. Dit geldt zowel voor flexwerkzaamheden *binnen* een bedrijf (flexplekken, nieuwe concepten) als voor thuiswerk én werkzaamheden op andere atypische locaties (internetcafés, wegrestaurants, etcetera). De werkzaamheden met beeldschermen zijn gereguleerd middels de vijfde bijzondere richtlijn (Richtlijn Beeldschermwerk), dat is geïmplementeerd in de tweede afdeling van hoofdstuk 5 van het Arbobesluit. Uit de Nota van Toelichting blijkt dat beeldschermwerk als een bijzondere vorm van fysiek belastende arbeid wordt beschouwd.⁵¹

Bij beeldschermwerk moet eerst worden vastgesteld dat dit méér behelst dan het type computer (desktop, laptop of andere apparaten met een beeldscherm) waarmee de werkzaamheden worden verricht. De Richtlijn definieert een beeldschermwerkplek als “het geheel dat bestaat uit beeldschermapparatuur, in voorkomend geval voorzien van een toetsenbord of voorziening voor gegevensinvoer en/of de interface mens/machine bepalende software, facultatieve accessoires, nevenapparatuur met inbegrip van de schijveneenheid, een telefoon, een modem, een printer, een documenthouder, een stoel en een werktafel of werkvlak, alsmede de onmiddellijke werkomgeving.”

In deze definitie wordt - en dat verdient hier enige nadruk - dus geen onderscheid gemaakt naar de locatie van de werkplek, hetgeen impliceert dat ook beeldschermwerkplekken die zich op andere locaties bevinden dan ‘in gebouwen van de onderneming en/of inrichting’, en waar “gewoonlijk gedurende een aanzienlijk deel van [de] normale werktijd” beeldschermwerk wordt verricht óók aan de Richtlijn (en de vereisten in bijlage Minimumvoorschriften ex art. 4 en 5) dienen te voldoen. In de

⁵⁰ C.J. Loonstra, *Commentaar Arbeidsrecht I*, C.2.3, Sdu, 2009, p. 646.

⁵¹ *Stb.* 1997, 60, p. 387.

Nota van toelichting bij het Arbobesluit wordt over deze definitie het volgende opgemerkt⁵²:

“Ten aanzien van de definitie van het begrip werkplek is in dit artikel gekozen voor het geheel dat bestaat uit beeldschermapparatuur met inbegrip van de onmiddellijke werkomgeving. Nadere omschrijving van de onmiddellijke werkomgeving is in de tekst van dit besluit achterwege gelaten in verband met de snelle ontwikkelingen in de technologie. Overigens is hier in navolging van de Richtlijn Beeldschermwerk gekozen voor het begrip werkplek en niet voor het elders ook wel gehanteerde begrip arbeidsplaats, om duidelijk aan te geven dat specifiek die plek binnen de onderneming wordt bedoeld waar zich de beeldschermapparatuur bevindt en de werknemer zijn werkzaamheden verricht. Wat betreft de onmiddellijke werkomgeving moet, naar de stand van de technologie ten tijde van de totstandkoming van dit besluit, gedacht worden aan zaken zoals facultatieve accessoires, nevenapparatuur, telefoon, modem, printer, documenthouder, stoel en werktafel of werkvlak”.⁵³

Hoewel hier expliciet wordt gesteld dat niet alleen de *computer* aan de eisen in de bijlage moet voldoen, maar ook de *directe omgeving* (stoel, werktafel of werkvlak), lijkt de definitie in de Richtlijn ruimer te zijn. De bijlage bij de artikelen 4 en 5 van de Richtlijn vermeldt onder meer normen met betrekking tot de algemene verlichting, en het voorkomen van verblinding en reflectie: “De werkplek moet zo worden ingericht dat lichtbronnen zoals ramen en andere openingen, doorzichtige of doorschijnende wanden, alsmede helgekleurde apparaten en wanden, geen directe verblinding en geen hinderlijke reflecties op het beeldscherm veroorzaken. De ramen moeten zijn uitgerust met een passende instelbare helderheidswering om de intensiteit van het licht dat op de werkplek valt, te verminderen.” Dit zijn ook algemeen aanvaarde ergonomische principes, en vallen dus onder de stand van de wetenschap. De bijlage is dan ook geïmplementeerd in art. 5.1 e.v. Arboregeling.

Dat beeldschermwerk aan de meest recente stand van de wetenschap dient te voldoen, is derhalve duidelijk (alleen al op grond van artikel 3 lid 1 Arbowet). De werkgever dient voorts de risico's van beeldschermwerk te inventariseren (art. 5.9 Arbobesluit), waarbij indachtig art. 5 lid 4 Arbowet de RI&E dient te worden aangepast zo dikwijls als de stand van de wetenschap daar aanleiding toe geeft. Een en ander impliceert dat de werkgever gehouden is om bij introductie van Het Nieuwe Werken ten minste een inventarisatie te maken van de risico's die aan plaats-ongebonden beeldschermwerk verbonden zijn⁵⁴, en maatregelen te treffen teneinde die risico's te voorkomen of, indien dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd, door adequate maatregelen die risico's te beperken. Hierbij dient met name gedacht te worden aan het waarborgen van een ergonomisch verantwoorde werkplek én het zodanig inrichten van de werkzaamheden dat de werknemer regelmatig (minstens elke

⁵² Art. 5.7 Arbobesluit definieert beeldschermwerkplek als: het geheel dat bestaat uit beeldschermapparatuur, in voorkomend geval voorzien van toetsenbord of voorziening voor gegevensinvoer en of de interface mens/machine bepalende software, facultatieve accessoires, nevenapparatuur, telefoon, modem, printer, documenthouder, stoel, werktafel of werkvlak alsmede de onmiddellijke omgeving.

⁵³ *Stb.* 1997, 60, p. 387.

⁵⁴ In de RI&E zal met betrekking tot beeldschermwerk specifiek aandacht moeten worden besteed aan de gevaren voor het gezichtsvermogen en die van de fysieke en psychische belasting als gevolg van arbeid aan een beeldscherm (art. 5.9 Arbobesluit).

twee uur) de beeldschermwerkzaamheden afwisselt met andere werkzaamheden of voldoende rusttijd.⁵⁵

Artikel 5.10 Arbobesluit bepaalt dat deze arbeid zodanig georganiseerd moet zijn dat deze arbeid telkens na ten hoogste twee achtereenvolgende uren wordt afgewisseld door andersoortige arbeid of door een rusttijd, zodanig dat de belasting van het verrichten van de arbeid aan een beeldscherm wordt verlicht. In de Nota van Toelichting wordt hierover het volgende opgemerkt:

*“Uit deze formulering volgt dat de werkgever in beginsel binnen de normen van het besluit vrij is invulling te geven aan de wijze waarop hij de beeldschermarbeid voor de werknemer verlicht. Een nadere indicatie voor de verlichting van de belasting van het werken met een beeldscherm door afwisseling met andersoortige arbeid valt echter af te leiden uit onderzoek waaruit gebleken is dat het uit ergonomisch oogpunt niet verantwoord is om op een werkdag van 8 uur of langer gedurende meer dan 5 à 6 uur arbeid aan een beeldscherm te verrichten. Het betreft hier arbeid waarbij geen afwisseling met andersoortige arbeid in de functie van de werknemer is opgenomen. In functies waarin naast de arbeid aan het beeldscherm ook andere taken zijn opgenomen (bijvoorbeeld een secretaresse waarbij de functie, naast de arbeid aan het beeldscherm, ook bestaat uit telefoneren, kopiëren, archiveren, afspraken maken e.d.) wordt de arbeid al op natuurlijke wijze regelmatig onderbroken. Bij dit soort functies is voornoemde indicatieve grens van 5 à 6 uur vanzelfsprekend niet van toepassing. Indien bij functies, die geheel uit arbeid aan het beeldscherm bestaan, de tijdsduur van de arbeid beperkt blijft tot 5 à 6 uur per dag, blijft de regel van artikel 5.10 dat niet langer dan twee achtereenvolgende uren afgebroken aan een beeldscherm arbeid mag worden verricht, onverminderd gelden. Indien de arbeid aan een beeldscherm wordt afgewisseld door rusttijden verdient het aanbeveling de lengte van deze rusttijden afhankelijk van de intensiteit van de arbeid) te bepalen op ten minste tien minuten”.*⁵⁶

Aangezien artikel 5.14 Arbobesluit de afdeling in het Besluit ook van toepassing verklaart op thuiswerkers, gelden deze eisen niet alleen voor werknemers in het eigen bedrijf, maar ook voor thuiswerkers of, nu dit niet expliciet is uitgesloten, voor werknemers die elders beeldschermwerk verrichten. Dit impliceert mede dat de werkgever alle middelen aan de thuiswerker ter beschikking dient te stellen die nodig zijn om te voldoen aan de eisen die op grond van het bepaalde in art. 5.12 Arbobesluit jo. art. 5.1 e.v. Arboregeling aan een goede beeldschermwerkplek worden gesteld (waaronder mede adequate verlichting en maatregelen om verblinding of reflectie te voorkomen).⁵⁷ Deze verplichting geldt slechts dan niet indien de thuiswerker reeds uit eigen hoofde beschikt over een dergelijke werkplek (art. 5.15 Arbobesluit) of indien dit redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd.⁵⁸ Nu in artikel 5.16 expliciet

⁵⁵ Uit de Nota van Toelichting blijkt dat voorts gedacht kan worden aan aangepast meubilair, de hoeveelheid informatie die het systeem via het beeldscherm aan de opnamecapaciteit van de individuele werknemer aanbiedt, het toekennen van autonome bevoegdheden van de werknemer (dus geen algehele sturing van de werknemer door de computer) en het waarborgen van contactmogelijkheden tussen de werknemers onderling. *Stb.* 1997, 60, p. 388.

⁵⁶ *Stb.* 1997, 60, p. 388-389.

⁵⁷ Op grond van het bepaalde in art. 9.2 Arbobesluit, is de thuiswerkgever verplicht tot naleving van de voorschriften en verboden welke zijn opgenomen in de artikelen 5.1 tot en met 5.12 en art. 5.15 Arbobesluit.

⁵⁸ Uit de Nota van Toelichting blijkt dat werknemersverplichtingen voor de werknemer zijn opgenomen ten aanzien van die artikelen waarbij de werknemer zelf invloed heeft op de naleving daarvan. *Stb.* 1997,

is bepaald wanneer een werkgever *niet* hoeft te investeren in een verantwoorde (thuis)werkplek, mag worden aangenomen dat deze redelijkerwijs-bepaling beperkt dient te worden uitgelegd. Indien het niet mogelijk is een ergonomisch verantwoorde beeldschermwerkplek in te richten, bijvoorbeeld doordat de thuissituatie van de thuiswerker dit niet toelaat wegens ruimtegebrek, kan de werkgever niet aan zijn zorgplicht voldoen en is de thuiswerkplek niet geschikt voor het verrichten van arbeid.

De verplichtingen in de afdeling Beeldschermwerk uit het Arbobesluit gelden echter *niet* in alle gevallen van beeldschermwerk. Blijkens artikel 1 lid 3 onder d is de Richtlijn echter niet van toepassing op “zogenaamde ‘draagbare’ systemen die niet aanhoudend worden gebruikt op een werkplek” (“‘portable’ systems not in prolonged use at a workstation”). Wat ‘aanhoudend’ of wat een ‘draagbaar systeem’ is, is echter niet omschreven. Deze inperking in de toepassings sfeer zou kunnen impliceren dat frequent (maar niet ‘aanhoudend’) werken op een laptop of Blackberry niet onder de werkings-sfeer van de Richtlijn vallen. Deze inperking van het toepassingsbereik komt ook terug in het Arbobesluit. Zo is deze afdeling volgens artikel 5.8 Arbobesluit onder meer niet van toepassing op: “zogenoemde draagbare systemen *die niet aanhoudend worden gebruikt* op een werkplek” (cursivering van de auteurs). Wat ‘niet aanhoudend’ is, is in het Besluit niet nader uitgewerkt, al spreekt de Memorie van Toelichting over ‘niet permanent’.⁵⁹ Dit lijkt te impliceren dat op laptops die ‘niet permanent’ worden gebruikt de afdeling niet van toepassing is. Dit lijkt zich slecht te verhouden met het gegeven dat het werken met laptops méér gezondheidsrisico’s met zich brengt dan op een ergonomisch verantwoorde desktop-werkplek.

Wellicht dat hiervoor aansluiting gezocht kan worden bij de uitwerking in het Besluit van de bepaling in de Richtlijn dat deze alleen van toepassing is indien “een aanzienlijk deel van de [...] werktijd”, met beeldschermen wordt gewerkt. In het Arbobesluit is dit uitgewerkt in de inperking van de toepasselijkheid: deze afdeling is niet van toepassing op arbeid waarbij een werknemer gewoonlijk minder dan twee uur per etmaal gebruik maakt van een beeldscherm. “Minder dan twee uur” is strikt genomen echter iets anders dan ‘niet aanhoudend’. Het gegeven dat ‘niet aanhoudend’ en ‘twee uur’ ook in verschillende leden van artikel 5:8 zijn uitgewerkt, zou kunnen doen vermoeden dat laptops *niet* onder het ‘twee-uursregime’ zouden vallen – hetgeen zich slecht verdraagt met de algemene verplichting van de werkgever dat deze zich rekenschap geeft van de stand van de wetenschap op dit punt. Het verdient daarom aanbeveling om de term ‘niet aanhoudend’ in het Besluit nader te operationaliseren – te meer daar het werken achter laptops in veel gevallen “wezenlijk deel uitmaakt van de taak van de werknemer”⁶⁰ onder Het Nieuwe Werken, en het Besluit dergelijke werkzaamheden beoogt te reguleren.

- De uitzonderingsbepaling ‘korter dan twee uur’ zal in veel gevallen ook voldoende ruimte bieden voor werknemers die echt incidenteel plaatsongebonden beeldschermwerk verrichten. In dit verband kan ook nog worden verwezen naar de term ‘occasionally’ uit ILO Conventie 177, die al eerder is besproken (zie § 3.2.1).

60, p. 455. Met betrekking tot beeldschermwerk hecht de wetgever kennelijk minder belang aan de eigen verantwoordelijkheid van de thuiswerkers, daar in art. 9.4 Arbobesluit geen verplichtingen van de thuiswerker op dit punt zijn opgenomen.

⁵⁹ Stb 1997, 60, p. 387

⁶⁰ Stb. 1997, 60, p. 388.

De hieruit voortvloeiende inperking van het begrip ‘thuiswerker’ zou, bij strikte lezing, kunnen impliceren dat, nu ‘incidenteel’ werk op een atypische locatie niet onder het begrip ‘thuiswerk’ valt, daarmee alle eisen uit het Besluit integraal van toepassing zijn. De portee van de uitzondering voor ‘occasional’ werk buiten de eigen onderneming is echter dat in dat geval de beoogde gelijke behandeling van ‘gewone’ werknemers en thuiswerkers (in ruime zin) niet van de werkgever kan worden geleverd. Zo ook zijn de eisen op grond van de afdeling Beeldschermwerk niet redelijkerwijs op te leggen als het risico, gezien de duur van de belasting (minder dan twee uur), waarschijnlijk beperkt is.

Dit laat echter onverlet dat werknemers die met enige regelmaat langer dan twee uur beeldschermwerk verrichten in de thuissituatie (of op andere externe locaties) wel degelijk de bescherming dienen te genieten die de hierboven besproken afdeling uit het Arbobesluit beoogt te bieden. Dat zou tevens moeten gelden voor werknemers die met regelmaat op een laptop werken.

3.3 HET NIEUWE WERKEN EN DE ARBOREGELGEVING.

In deze studie gaat het om de vraag waar de Arbeidsomstandighedenregelgeving knelt met het zogenoemde ‘Nieuwe Werken’ – in het bijzonder plaats- en tijdonafhankelijke arbeid. In deze paragraaf zal worden ingegaan op het plaatsafhankelijk verrichten van arbeid. Met name zal hierbij worden ingegaan op die arbeid die wordt verricht buiten het bedrijf van de werkgever. Hierbij kan het gaan om thuiswerk of werk dat noch bij de werkgever noch thuis bij de werknemer wordt verricht. In de laatste situatie kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het werk dat in een zogenaamd satellietkantoor wordt verricht.

De vragen die hier zullen worden behandeld zijn (vgl. p. 2):

- (1) Welke elementen van de geldende arboregelgeving leveren in arbeidsverhoudingen waarin plaats- en/of tijdongebonden arbeid wordt verricht (‘Het Nieuwe Werken’, HNW) belemmeringen of onduidelijkheden op ten aanzien van de verantwoordelijkheden en verplichtingen van werkgever en werknemer?
- (2) Wat is, daar waar sprake is van belemmeringen of onduidelijkheden, de verhouding tussen het belang dat door de regelgeving wordt beschermd, de bijzondere kenmerken van HNW-condities en de door die condities bepaalde mogelijkheden van betrokkenen aan verantwoordelijkheden gestalte te geven?

Deze vragen zullen rond een aantal gesignaleerde punten in samenhang worden beantwoord.

Voorafgaand aan de inventarisatie van knelpunten kan echter in algemene zin worden herhaald dat de wet- en regelgeving beoogt *alle* werknemers gelijke bescherming te bieden. Uitgangspunt bij de huidige wetgeving is dat de werkgever, evenals voor de werknemers in zijn bedrijf, moet zorgen voor goede arbeidsomstandigheden voor zijn thuiswerkers en andere vormen van plaatsongebonden arbeid. Dit geldt te meer omdat woningen niet ontworpen zijn om arbeid in te (laten) verrichten, maar ook omdat het niet mogelijk is voor de werkgever om continu direct toezicht te houden op de werkplek.⁶¹

⁶¹ *Stb.* 1997, 60 p. 229.

Introductie van Het Nieuwe Werken ontslaat de werkgever dus *niet* van zijn zorgplicht jegens de werknemer (art. 3 Arbowet en art. 7:658 BW). Daarnaast is de werkgever gehouden om het onderwerp Het Nieuwe Werken specifiek op te nemen in de risico-inventarisatie en -evaluatie op grond van art. 5 Arbowet. Ook zal hij werknemers die plaatsongebonden werkzaamheden verrichten adequaat dienen voor te lichten over de risico's van hun werkzaamheden en de maatregelen die getroffen zijn om de risico's te beperken (art. 8 Arbowet).

Deze algemene beleidsverplichtingen gelden dus óók en wellicht juist vooral met betrekking tot Het Nieuwe Werken. Het is immers niet ondenkbaar dat een aantal risico's juist groter zal zijn dan op een reguliere werkplek binnen de onderneming. Te denken valt met name aan de werkplekergonomie, maar evenzeer aan psychische overbelasting (door onvoldoende scheiding van werk- en rusttijd, vgl. hoofdstuk 4, maar ook door gebrek aan sociale of functionele ondersteuning: autonomie is één van de voordelen van plaatsongebonden werken, maar isolement is een niet onbelangrijk beroepsrisico dat in eerdere versies van de Arbowet expliciet onderwerp was van regelgeving). Daarnaast dient aandacht besteed te worden aan eventuele extra risico's die kunnen bestaan voor andere aanwezigen in de woning zoals kinderen, zieken en ouderen.⁶² De zorgplicht van de werkgever ten opzichte van derden is vastgelegd in artikel 10 Arbowet, en zal niet minder zwaar gelden in relatie tot de genoemde groepen. Dit geldt echter met name voor gevaarlijke situaties, en niet voor beeldschermwerk. Nu het werken met gevaarlijke stoffen veelal niet zal zijn toegestaan in de thuissituatie, lijkt artikel 10 in dezen niet bijzonder veel waarde toe te komen.

In het algemeen kan voorts worden opgemerkt dat ook de andere bepalingen in de Arbowet onverminderd van toepassing zijn op thuiswerk of andere plaatsongebonden arbeid. Hier dient zich echter een aantal knelpunten aan.

De positie van deskundigen en het toezicht op de werkplek

De 'Nieuwe Werknemer' dient toegang te hebben tot deskundigen (art. 13-14a Arbowet). Omgekeerd echter is niet duidelijk in hoeverre de deskundigen ook 'toegang' hebben tot werknemers die niet in het bedrijf zelf werkzaam zijn. Mag bijvoorbeeld de preventiemedewerker (de deskundige als bedoeld in art. 13 van de Wet) ook eisen dat hij toegang krijgt tot de thuiswerkplek van de werknemers? Het ligt voor de hand dat de werkgever hierover in overleg met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging (of de belanghebbende werknemers) afspraken op papier zet. Het belang van de privacy van de werknemer in zijn thuissituatie weegt zwaar, maar indien dit impliceert dat de werkgever zich niet op de hoogte kan stellen van de arbeidsomstandigheden van zijn medewerkers kan hij ook geen invulling geven aan zijn zorgplicht (in het bijzonder de verplichting om toezicht uit te oefenen, artikel 8 lid 4 Arbowet). Er zijn diverse modaliteiten om de toegang tot en het toezicht op de thuiswerkplek te organiseren, waarbij een afweging gemaakt zal moeten worden tussen het recht op privacy en de (ruime) zorgplicht van de werkgever. Bij het invoeren van toezicht op de thuiswerkplek gelden de algemene regels met betrekking tot toezicht op de werkplek, in het bijzonder de vraag naar het *gerechtvaardigd belang* dat gediend is bij de inperking

⁶² *Stb.* 1997, 60 p. 229

van de privacy, doelbinding en met name uitdrukkelijke toestemming van de betrokken werknemer.⁶³

In het geval dat de werknemer zich omwille van zijn privacy verzet en blijft verzetten tegen toezicht in de thuissituatie, zal nakoming van de zorgplicht door de werkgever alleen gewaarborgd kunnen worden door een verbod op plaatsongebonden arbeid c.q. thuiswerk. Dit geldt te meer indien het initiatief tot thuiswerken van de *werknemer* is gekomen. In het geval van een verzoek van de werknemer tot flexwerken ligt het voor de hand dat de werknemer ook gehouden is zich tot op zekere hoogte inschikkelijk op te stellen jegens de werkgever (of degenen aan wie de verantwoordelijkheden op grond van de arboregelgeving zijn gedelegeerd). Indien werknemer dit niet wenst, zal de werkgever niet gehouden zijn het verzoek van de werknemer in te willigen. In het geval dat het initiatief tot Het Nieuwe Werken van de werkgever komt (bijvoorbeeld met het oog op kostenbesparing), zal het privacybelang van de werknemer zwaarder wegen en is thuiswerken niet eenzijdig op te leggen. Hoe de balans in de praktijk uitvalt, zal slechts in de praktijk nader worden ingevuld (*in casu* middels jurisprudentie).

De kwestie van toezicht op de werkzaamheden op grond van artikel 8 Arbowet is ook overwogen door de Minister bij de behandeling van het Besluit Thuiswerk.⁶⁴ De verplichtingen in artikel 8 (voorlichting, onderricht en toezicht) gelden onverkort voor de werkgever die thuiswerk laat verrichten. Hierbij dient de werkgever zich te realiseren dat hij niet op de werkplek van de thuiswerker aanwezig is en dus niet continu kan toezien op de juiste naleving van de instructies en voorschriften die gericht zijn op het voorkomen of beperken van de risico's. De Minister heeft in dit licht overwogen dat de werkgever de mogelijkheid dient te hebben om de werkplek te betreden en daarop toezicht te houden. De Minister wijst in de Memorie van Toelichting op de mogelijkheid om contractueel vast te leggen dat de thuiswerker de werkgever de gelegenheid zal bieden om de werkplek te kunnen inspecteren. De werkgever kan binnen het door de rechter toe te passen algemene toetsingskader van de redelijkheid en de billijkheid en met de door de (grond-) wettelijke bepalingen vereiste terughoudendheid nakoming van een dergelijke overeenkomst verlangen. Deze terughoudendheid houdt in ieder geval in dat de werkgever de werkplek alleen op een redelijk tijdstip en altijd na een aankondiging vooraf zal betreden. Een dergelijke overeenkomst geeft de werkgever weliswaar geen afdwingbaar recht tot het betreden van de woning, maar wel brengt zij met zich mee dat bij weigering van de benodigde medewerking door de thuiswerker, de werkgever geen andere mogelijkheid openstaat dan de overeenkomst met de thuiswerker te beëindigen. Of een dergelijk vergaande consequentie óók getrokken kan worden in het kader van incidenteel thuiswerk door een werknemer die verder ook de mogelijkheid heeft om 'gewoon' binnen het bedrijf of de instelling te werken, lijkt niet waarschijnlijk.

Nu de werkgever zich, op grond van artikel 13 Arbowet, ten aanzien van de naleving van zijn verplichtingen op grond van de wet moet laten bijstaan door één of meer deskundige werknemers, ligt het voor de hand dat de werkgever het toezicht op de thuiswerker laat uitvoeren door deze daartoe aangewezen werknemers. Ook dit zal

⁶³ Eventuele besluiten betreffende het toezicht op de (thuis)werkplek, bijvoorbeeld in de vorm van personeelsvolgsystemen, behoeven overigens de instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging (art. 27 lid 1 onder 1 WOR).

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1992-1993, 23172, nr. 3 p. 8.

vastgelegd moeten worden in de hiervoor genoemde overeenkomst tussen de werkgever en de thuiswerker en/of ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging..

Het toezicht dat aldus door een werkgever op de thuiswerker kan worden uitgevoerd, kan zich echter slechts beperken tot de inrichting van de werkplek. Op de wijze waarop de thuiswerker de arbeid feitelijk verricht, krijgt de werkgever door het bezoeken van de thuiswerker slechts een beperkt beeld. Zo zal de werkgever er moeilijk zicht op kunnen krijgen of de thuiswerker, die beeldschermwerk verricht, telkens na twee uur zijn beeldschermwerk afwisselt met andersoortige arbeid of door een rusttijd (art. 5.10 Arbobesluit). Nu deze eis op grond van artikel 9.4 Arbobesluit niet is aangemerkt als een verplichting van de thuiswerker, is het de werkgever die hiervoor volledig verantwoordelijk is. De thuiswerkgever zal derhalve op andere wijze maatregelen moeten treffen om aan deze verplichting vorm te geven bijvoorbeeld door het werken met bepaalde software. Het gebruik hiervan dient wel van te voren aan de thuiswerker gemeld te worden, nu artikel 5.3 van de Arboregeling het verbiedt om zonder medeweten van de gebruiker, gebruik te maken van een kwalitatief of kwantitatief controlemechanisme.⁶⁵

Evenmin krijgt de werkgever er door het bezoek aan de werkplek van de thuiswerker zicht op of deze de hem ter beschikking gestelde arbeidsmiddelen ook daadwerkelijk gebruikt en of deze conform de daarvoor geldende instructies worden gebruikt. Weliswaar is de werkgever bij beeldschermwerk verplicht om de beeldschermwerkplek van de thuiswerker zodanig in te richten dat deze voldoet aan de eisen die hieraan gesteld worden in de Arbeidsomstandighedenregeling (art. 5.12 Arbobesluit) maar of de thuiswerker de hem aldus ter beschikking gestelde faciliteiten vervolgens ook overeenkomstig de voorschriften gebruikt, zal voor de werkgever moeilijk te controleren zijn. Nog sterker geldt dit voor de bepalingen uit hoofdstuk 7 van het Arbobesluit, waarvan de eerste drie afdelingen eveneens van toepassing zijn op thuiswerkers. Zo bepaalt artikel 7.3 Arbobesluit dat de arbeidsmiddelen die de op de arbeidsplaats ter beschikking worden gesteld aan de werknemers, uitsluitend gebruikt worden voor het doel, op de wijze en op de plaats waarvoor zij zijn ingericht en bestemd. Hierbij klemmt te meer dat de werkgever zijn komst bij de werknemer altijd eerst zal moeten aankondigen bij de thuiswerker, waardoor het beeld dat de werkgever krijgt over de wijze waarop de werkzaamheden worden verricht niet altijd overeen hoeft te komen met de waarheid.

Aan de andere kant kan het probleem van toezicht wellicht opgelost worden door een combinatie van meer frequente voorlichting over veilig en gezond werken én een goed systeem van functioneringsgesprekken. Dergelijke functioneringsgesprekken kunnen ook dienen om een vinger aan te pols te houden als eventuele signalen van mogelijke overbelasting minder snel opgepikt worden omdat de werknemer minder vaak ‘op het werk’ verschijnt. Hier ligt overigens ook een belangrijke verantwoordelijkheid van de arbodienst – deze kan de werknemer uitnodigen op een arbospreekuur of voor arbeidsgezondheidskundig onderzoek (waarbij de werknemer uiteraard niet verplicht is op een dergelijke uitnodiging in te gaan), al zal het in het geval van het ontbreken van signalen omtrent overbelasting lastiger worden de werkgever aansprakelijk te stellen voor de eventuele schade (zie hoofdstuk 6).

⁶⁵ Ook hiervoor geldt weer dat een dergelijk personeelsvolgsysteem op grond van de WOR instemmingsplichtig is, en slechts mag worden ingevoerd indien het een redelijk doel dient (wat in casu veelal het geval zal zijn).

Deze organisatorische maatregelen om het toezicht vorm te geven wijken overigens niet in belangrijke mate af van de situatie waarin alle werknemers in het bedrijf werkzaam zijn: functioneringsgesprekken en ondersteuning door de arbodienst zijn in het algemeen nuttige instrumenten om, naast directe inspectie op de werkplek zélf, een vinger aan de pols te houden.

Noodsituaties en bedrijfshulpverlening

Een ander mogelijk knelpunt is de naleving van de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 3 lid 1 onder e jo. art. 15 Arbowet (noodsituaties respectievelijk bedrijfshulpverlening). Het spreekt voor zich dat het voor werknemers die buiten de onderneming werkzaam zijn betrekkelijk moeilijk zal zijn om invulling te geven aan deze verplichting – althans, de eventuele bedrijfshulpverleners zullen minder snel assistentie kunnen bieden bij brand of ongevallen in de thuiswerksituatie. Dit is in de meeste gevallen vooral een organisatorische kwestie: in geval van thuiswerk of andere plaatsongebonden werkzaamheden kan een dergelijk systeem waarschijnlijk technisch worden gerealiseerd (bijvoorbeeld via de mobiele telefoon), al ligt het niet voor de hand dat hier andere maatregelen geleverd worden dan de mogelijkheden die de werknemer in het algemeen als burger reeds tot zijn beschikking heeft. Indien gewerkt wordt vanuit een satellietkantoor, zal de werkgever afspraken moeten maken met de beheerder van die externe werkplek. Deze verantwoordelijkheid geldt te meer indien de werkgever de werknemer verplicht om (deels) op een andere plek te werken of het de facto onmogelijk maakt om in het eigen bedrijf een werkplek te vinden (bijvoorbeeld door een zeer beperkt aantal werkplekken in het eigen bedrijf aan te houden).

Meer principieel kan echter de vraag worden gesteld of werkzaamheden die een bovengemiddeld (extra) risico met zich brengen op ernstige ongevallen of brand in de thuiswerksituatie überhaupt wel thuis uitgevoerd mogen worden. Bij de vaststelling van het Besluit Thuiswerk is door de Minister aangegeven dat de werkgever zich af moet vragen of bepaalde soorten werk wel door thuiswerkers kunnen worden verricht en of de werkplek in een gemiddelde woning wel geschikt gemaakt kan worden voor bepaalde werkzaamheden. Dit zal per werksoort verschillen en vraagt om maatwerk.⁶⁶

Indien redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden geleverd dat bepaalde werkzaamheden altijd in het eigen bedrijf plaatsvinden, ontstaat echter een situatie die vergelijkbaar is met de reeds lang bestaande praktijk van werken op locatie (onderhoudswerkzaamheden bijvoorbeeld), waarbij de werkgever slechts gehouden is tot die zorg die in redelijkheid van hem kan worden gevraagd. Het gegeven dat de artikelen 3.6-3.8 Arbobesluit (vluchtwegen, nooduitgangen, brandbestrijding) voor thuiswerkers niet van toepassing zijn geeft ook wel aan dat op dit punt de werkgever niet overvraagd wordt.

In het algemeen kan echter worden opgemerkt dat het niveau en de organisatie van de bedrijfshulpverlening ingevuld moet worden aan de hand van de uitkomst van de risico-inventarisatie en –evaluatie. Eventuele maatregelen zijn alleen doeltreffend als daarbij onder meer rekening is gehouden met de aard en de grootte van de activiteiten en de ligging van het bedrijf.⁶⁷ Dit laat echter onverlet dat de werkgever in meer of mindere mate op dit punt in verzuim zal blijven. Om te voorkomen dat de

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1992-1993, 23172, nr. 3 p. 10.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30552, nr. 3 p. 30

werkgever zich schuldig maakt aan het begaan van een overtreding in de zin van art. 33, eerste lid, Arbowet kan de werkgever ten aanzien van zijn thuiswerkers ontheffing aanvragen van het bepaalde in artikel 15. Op grond van het bepaalde in artikel 30 Arbowet kan de werkgever ontheffing aanvragen voor enkele voorschriften uit de wet (waaronder dus ook het bepaalde in art. 15). De individuele werkgever kan deze ontheffing aanvragen bij de Arbeidsinspectie.

Arbeidsomstandighedenbesluit

Wat betreft de toepasselijkheid van het Arbobesluit is eerder al opgemerkt dat dit niet van toepassing is op thuiswerk, tenzij uitdrukkelijk is bepaald dat de regels wél van toepassing zijn. Uit de eerdere analyse blijkt echter dat de meest relevante regels wel degelijk van toepassing zijn (arbeidsmiddelen, gevaarlijke stoffen, fysieke belasting). Eerder is hierover opgemerkt dat het niet van toepassing zijn van hoofdstuk 6 (fysische factoren) wellicht duidt op onjuiste omzetting van de desbetreffende richtlijnen of dat toch ten minste een deel van de regels wél van toepassing zou moeten zijn. Dat is een kwestie die in het kader van dit onderzoek niet nader wordt uitgewerkt, omdat primair is gekeken naar eventuele knelpunten in het huidige regelsysteem die Het Nieuwe Werken hinderen.

De arbeidsplaats/werkplek

Het belangrijkste punt dat uit bovenstaande analyse naar voren komt, is de kwestie van de inrichting van de arbeidsplaats. In algemene zin kan hierover wederom worden opgemerkt dat plaatsongebonden arbeid, meer in het bijzonder thuiswerk, onderdeel moet uitmaken van de risico-inventarisatie en –evaluatie. Indien uit de RI&E blijkt dat de werkplek op voorhand niet geschikt is, zal de werkgever de werkplek moeten aanpassen. De kosten die aan een dergelijke aanpassing verbonden zijn, komen voor rekening van de werkgever. Dit vloeit voort uit het bepaalde in artikel 44 Arbeidsomstandighedenwet, welk artikel de werkgever verbiedt om de kosten die verbonden zijn aan de naleving van de bij, of krachtens de Arbowet vastgestelde regels ten laste van de werknemers te brengen. Bij de behandeling van het toenmalige Besluit Thuiswerk (thans geïntegreerd in het Arbobesluit) staat in de Memorie van Toelichting uitdrukkelijk vermeld dat de aanpassing van de werkplek pas kan plaatsvinden indien de werknemer daartoe toestemming heeft gegeven.⁶⁸ Dit betekent dat indien de werkgever en de (aspirant) thuiswerker daarover geen overeenstemming bereiken, het thuiswerk niet mogelijk is. Daar waar de thuiswerker reeds beschikt over een werkplek die voldoet aan de daaraan te stellen eisen, hoeft de werkgever deze niet meer te verschaffen.

De cruciale vraag in dezen is echter: aan welke eisen dient een werkplek te voldoen in geval van plaatsongebonden arbeid of thuiswerk. In algemene zin geldt wederom dat de werknemer geen schade mag ondervinden aan zijn gezondheid. Deze algemene zorgplicht kan nader worden ingevuld door de publiekrechtelijke bepalingen in het Arbobesluit – in casu met name de normen betreffende arbeidsplaatsen (hoofdstuk 3) respectievelijk beeldschermwerk. Dit verdient dan ook een nadere, samenhangende beschouwing van de begrippen ‘arbeidsplaats’ en ‘werkplek’.

Eerder is al opgemerkt dat het begrip ‘arbeidsplaats’ in de Arbowet zéér ruim wordt opgevat. Onder arbeidsplaats wordt in artikel 1, lid 3 sub g Arbowet verstaan: “*iedere* plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden

⁶⁸ *Kamerstukken II* 1992-1993, 23172, nr. 3 p. 10.

gebruikt” (cursivering van de auteurs). Daaronder dienen dus óók atypische werkplekken te worden verstaan. De Richtlijn Arbeidsplaatsen geeft echter een meer specifieke definitie als “elke plaats die bestemd is als locatie voor werkplekken *in gebouwen van de onderneming en/of inrichting*, met inbegrip van elke andere plaats op het terrein van de onderneming en/of inrichting waartoe de werknemer in het kader van zijn werk toegang heeft.”

In het verleden bevatte het Arbobesluit ook de definitie van ‘arbeidsplaats’. In verband met de vaststelling van de Arbowet 1998, is deze definitie om wetstechnische redenen uit het Arbobesluit verdwenen.⁶⁹ De definiëring van het begrip ‘arbeidsplaats’ was voor beide regelingen gelijklopend en is dat nu nog steeds. Destijds is in de Memorie van Toelichting bij het Arbeidsomstandighedenbesluit over het begrip ‘arbeidsplaats’ het volgende opgemerkt:

*“In het onderhavige besluit is de arbeidsplaats gedefinieerd als: iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt gebruikt of pleegt te worden gebruikt. Dit betekent dat zowel de specifieke werkplek als bijvoorbeeld de ontspanningsruimte en het toilet tot de arbeidsplaats behoren. Door deze ruime definitie gelden bepalingen met betrekking tot bijvoorbeeld zindelijkheid, klimaat en lawaai voor alle hiervoor genoemde plaatsen.”*⁷⁰

In onder meer in hoofdstuk 5 van het Arbobesluit wordt gesproken over het begrip ‘werkplek’. Uit de toelichting op artikel 5.7 Arbobesluit blijkt dat het begrip werkplek voortvloeit uit de EG-richtlijn Beeldschermwerk. Duidelijk wordt hiermee aangegeven dat specifiek die plek binnen de onderneming wordt bedoeld waar zich de beeldschermapparatuur bevindt en de werknemer zijn werkzaamheden verricht. Over het (thans) bepaalde in artikel 5.4 Arbobesluit (ergonomische inrichting werkplekken) wordt in de Nota van Toelichting opgemerkt: “Anders dan art. 3 eerste lid onder c Arbowet, dat meer algemeen betrekking heeft op het inrichten van arbeidsplaatsen, waar meerdere werkplekken kunnen zijn gesitueerd, heeft artikel 5.4 (nieuw) expliciet betrekking op de specifieke eis van ergonomische inrichting van *individuele werkplekken*.”⁷¹ (cursivering van de auteurs).

Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat het begrip ‘arbeidsplaats’ ruimer is dan het begrip ‘werkplek’. Nu hoofdstuk 3 van het Arbeidsomstandighedenbesluit, dat nadere bepalingen bevat over de inrichting van arbeidsplaatsen, niet van toepassing is op thuiswerk, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de zorgplicht van de werkgever voor de inrichting van de arbeidsplaats niet verder strekt dan de werkplek. Steun voor deze opvatting kan onder meer worden gevonden in het feit dat verschillende bepalingen in het Besluit die zien op de inrichting van de *werkplek*, wel van toepassing zijn verklaard op de thuiswerksituatie.

Maar ook om een andere reden kan de zorgplicht van de werkgever moeilijk ruimer worden geacht dan de werkplek van de thuiswerker. Artikel 3, lid 1 sub c, Arbowet bepaalt namelijk dat de inrichting van de arbeidsplaats aan de persoonlijke eigenschappen van werknemers wordt aangepast, zoveel als redelijkerwijs kan worden gevergd. Gezien de ruime definitie van het begrip arbeidsplaats zou dit inhouden dat de werkgever verantwoordelijk is voor aanpassingen aan de woning aan de persoonlijke eigenschappen van de thuiswerker. Aangezien het veelal om de woning van de

⁶⁹ *Stb.* 1999, 435.

⁷⁰ *Stb.* 1997, 60, p. 169.

⁷¹ *Stb.* 2006, 674, p. 117

thuiswerker zelf zal gaan, zal een dergelijke ruime opvatting van de werkgeversverplichting snel als onredelijk aangemerkt kunnen worden. Zo zal hierbij spanning kunnen ontstaan doordat de werkgever in de persoonlijke levenssfeer van de werknemer treedt. Maar, misschien belangrijker, bovendien leidt dit tot een zodanige verruiming van de verantwoordelijkheid van de werkgever dat de grenzen van het redelijke worden overschreden. De werkgever wordt dan namelijk mede verantwoordelijk voor keuzes die de thuiswerker met betrekking tot inrichting en onderhoud van de woning heeft gemaakt. Nog afgezien van het feit dat dit tot merkwaardige situaties kan leiden waarbij de vraag wanneer zich een incident heeft voorgedaan, tijdens het verrichten van werktijd of tijdens vrije tijd ineens relevant wordt, zal de werkgever zijn verantwoordelijkheid op dit punt veelal niet kunnen overzien.

De beperking van de verantwoordelijkheid van de werkgever tot de (thuis-)werkplek leidt er toe dat de verantwoordelijkheid van de werkgever ten aanzien van de werknemer met een structurele functionele beperking zich eveneens beperkt tot de werkplek. Een verdergaande verantwoordelijkheid van de werkgever zou er toe leiden dat deze gehouden zou kunnen zijn om aanpassingen in de woning van de werknemer te verrichten. Hierbij zal het echter veelal gaan om aanpassingen die niet zozeer betrekking hebben op het functioneren als werknemer maar op het functioneren in het dagelijks leven. De primaire verantwoordelijkheid hiervoor ligt bij de werknemer zelf.

Ten aanzien van beeldschermwerk lijkt de verplichting van de werkgever tot het verschaffen van arbeidsmiddelen wat genuanceerder te liggen. Zo beschrijft artikel 5.7, onder b Arbeidsomstandighedenbesluit, de beeldschermwerkplek als het geheel dat bestaat uit beeldschermapparatuur, in voorkomend geval voorzien van toetsenbord of voorziening van gegevensinvoer en of de interface mens/machine bepalende software, facultatieve accessoires, nevenapparatuur, telefoon, modem, printer, documenthouder, stoel, werktafel of werkvlak alsmede de onmiddellijke werkomgeving. Artikel 5.12 Arbeidsomstandighedenbesluit bepaalt vervolgens dat bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld met betrekking tot de beeldschermwerkplek en de wisselwerking tussen de gebruikte apparatuur en de werknemers. Tenslotte bepaalt artikel 5.15 Arbeidsomstandighedenbesluit dat als de thuiswerker reeds uit eigen hoofde beschikt over een werkplek als bedoeld in artikel 5.12 deze niet alsnog ter beschikking gesteld hoeft te worden. Nu in de definitie van beeldschermwerkplek ook de apparatuur wordt genoemd, kan het zo zijn dat de werkgever deze niet meer aan zijn thuiswerker hoeft te verschaffen. Uiteraard zal wel eerst beoordeeld moeten worden of deze apparatuur van de thuiswerker voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

Uit bovenstaande (en de eerdere analyse in § 3.2.2) kan worden geconcludeerd dat de werkgever wél gehouden is om werknemers die met zekere regelmaat thuis beeldschermwerk verrichten in ieder geval een beeldschermwerkplek te bieden die voldoet aan de ergonomische eisen (alsmede de kosten voor het voldoen aan de eisen in art. 5.1-5.3 Arboregeling, waaronder bijvoorbeeld adequate verlichting en zonwering). De kosten daarvan komen voor rekening van de werkgever. De vraag blijft echter: wat is “met zekere regelmaat”? Het verdient wellicht aanbeveling hierover een specifieke bepaling op te nemen in de regelgeving. Hetzelfde geldt voor het bij herhaling genoemde begrip ‘occasionally’ in ILO Verdrag 177.

Indien de werknemer weigert om de eigen thuiswerkplek aan te passen ten einde aan de verplichtingen op grond van de arboregeling te voldoen, of wanneer dit technisch of organisatorisch onmogelijk is (bijvoorbeeld door een te kleine wo-

ning), voldoet de werkgever de facto niet aan zijn zorgplicht en kan van thuiswerken geen sprake zijn. De eventuele constructie dat in dergelijke gevallen de werknemer met medeweten van de werkgever ‘op eigen risico’ wél thuis werkt onder onacceptabele omstandigheden, waarbij eventueel zelfs de aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW wordt weggecontracteerd, is niet acceptabel. Artikel 7:658 BW lid 3 geeft aan dat de zorgplicht van dwingend recht is. De werkgever houdt zijn zorgplicht, ook indien de werknemer verkiest om zich niet aan de publiekrechtelijke normen te houden.

De werkgever is echter *niet* verplicht om de arbeidsplaats in bredere zin (i.e. het hele huis) aan te passen. Een dergelijke verplichting zou de zorgplicht van de werkgever te zeer oprekken. Dat de wetgever een dergelijk ruime verplichting ook niet heeft beoogd, blijkt wel uit het gegeven dat hoofdstuk 3 van het Besluit niet van toepassing is op de thuiswerksituatie.

Een ander knelpunt met betrekking tot Het Nieuwe Werken is wellicht dat niet duidelijk is aan welke regels andere plaatsongebonden werkzaamheden (dus anders dan thuiswerk) nu precies gebonden zijn. Ook hier beperken de interpretatieproblemen zich onzes inziens tot beeldschermwerk. De bepalingen omtrent arbeidsmiddelen, gevaarlijke stoffen en fysieke belasting zijn immers, grosso modo, van toepassing op alle werkzaamheden (zoals ook blijkt uit de analyse van de bijzondere Richtlijnen). De vraag is in dat geval: mag men plaatsongebonden werken op een locatie die niet voldoet aan de publiekrechtelijke normen ten aanzien van beeldschermwerk. Het antwoord hierop is tamelijk helder te ontleen aan de eerdere analyse van de desbetreffende afdeling van het Arbobesluit. De normen zijn niet van toepassing indien slechts incidenteel (korter dan twee uur) op een bepaalde plek beeldschermwerk wordt verricht. In het algemeen geldt hier echter nog wel de zorgplicht van de werkgever: deze dient erop toe te zien dat de werknemer zich niet al te regelmatig blootstelt aan (ergonomisch of anderszins) onacceptabele omstandigheden – ook niet als de werknemer zélf hiervoor kiest. Indien vaker en met name ook langer op afwijkende locaties ‘aanhoudend’ beeldschermwerk wordt verricht, zal de beeldschermwerkplek wél aan de normen moeten voldoen. De regelgeving beoogt immers alle werknemers gelijkelijk te beschermen, en de uitzonderingen voor *incidentele* werkzaamheden zijn ingegeven door het inzicht dat in dergelijke incidentele situaties de risico’s voor de gezondheid waarschijnlijk beperkt zijn.

Voor flexplekken *binnen* het bedrijf geldt dat de bepalingen in hoofdstuk 3 Arbobesluit volledig van toepassing zijn. Wat betreft de inrichting van beeldschermwerkplekken geldt weer dat voor incidentele werkzaamheden de ergonomische eisen niet van toepassing zijn – ware het niet dat geredeneerd vanuit de algemene zorgplicht (alsook het begrip ‘stand van de wetenschap’) aangenomen mag worden dat de werkgever wél gehouden is om flexwerkplekken zodanig in te richten dat deze op een gezonde en veilige wijze door de diverse gebruikers kunnen worden gebruikt. Sterker nog, men kan zelfs aannemen dat aan flexwerkplekken hogere ergonomische eisen gesteld mogen worden, bijvoorbeeld wat betreft de instelbaarheid aan de eigenschappen van de werknemers die op die flexplekken komen te werken. Het naleven van publiekrechtelijke regels resulteert immers niet altijd ook in een voldoende invulling van de zorgplicht: het veiligheidsniveau dat met publiekrechtelijke normen wordt beoogd, geldt als ondergrens voor de mate van bescherming die verwacht mag worden

op grond van artikel 7:658 BW.⁷² Hetzelfde geldt voor het niet naleven van de stand van de wetenschap omdat de publiekrechtelijke weerslag daarvan (in casu ergonomische eisen op grond van het Besluit) niet zou gelden voor flexibele arbeid. Indien werknemers meer dan twee uur per dag beeldschermwerk verrichten, al is het vanuit verschillende plekken binnen het bedrijf, dan dienen de werkplekken wel degelijk aan de normen te voldoen.

Werken op een andere atypische werkplek

Als de werknemer werkt op een andere werkplek dan in een woning of bij de werkgever binnen de onderneming, dan zijn strikt genomen de specifieke regels met betrekking tot thuiswerk niet van toepassing. Gezien hetgeen hiervoor over de werkingssfeer van de Arbeidsomstandighedenwet is gesteld (hoofdstuk 3.1) is op deze arbeid dan zowel de wet als ook het gehele Arbeidsomstandighedenbesluit van toepassing. Dit betekent dat de werkgever, ook als die zijn personeel op een andere arbeidsplaats dan binnen de onderneming laat werken, hiervoor dezelfde zorgplicht heeft als wanneer de arbeid door het personeel binnen de onderneming wordt verricht. Meer concreet houdt dit in dat de werkgever ook voor deze werknemers dient zorg te dragen voor de veiligheid en de gezondheid van zijn werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten.

Een belangrijk verschil met thuiswerk is dat wanneer hiervan sprake is, het Arbobesluit, op uitzonderingen na, niet van toepassing is. Wanneer er geen sprake is van thuiswerk, is het Arbobesluit volledig van toepassing. De verplichtingen van de werkgever reiken, in het geval er geen sprake is van thuiswerk, derhalve verder. Onder meer is bijvoorbeeld hoofdstuk 3 van het Arbobesluit van toepassing, dat nadere eisen stelt aan de inrichting van de arbeidsplaats. Zo dient de arbeidsplaats over vluchtwegen en nooduitgangen te beschikken, worden er eisen gesteld aan de vloeren, muren en plafonds van arbeidsplaatsen en dient de arbeidsplaats te beschikken over een ontspanningsruimte.

Zoals al eerder is opgemerkt, is de definitie in de Arbowet van het begrip arbeidsplaats ruim: “*iedere* plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt.” Onduidelijk is wat de wetgever heeft bedoeld met de toevoeging “of pleegt te worden gebruikt”. Het lijkt alsof hier een onderscheid gemaakt zou kunnen worden tussen de plaats die voor de arbeid wel en niet pleegt te worden gebruikt. Dit onderscheid is echter niet goed denkbaar gezien het eerste deel van de definitie dat iedere plaats die in verband met de arbeid wordt gebruikt als arbeidsplaats aanmerkt.

Gezien de reikwijdte van deze bepaling strekt de zorgplicht van de werkgever zich uit tot *iedere* plaats die de werknemer voor het verrichten van arbeid gebruikt. Met name bij beroepen waarin de werknemer dan weer hier en dan weer daar werkt, kan de definiëring van het begrip arbeidsplaats, de zorgplicht van de werkgever bijzonder groot maken. Temeer nu de Arbowet ook anderszins in de materiële werkingssfeer nauwelijks beperkingen kent voor zijn toepassing.

De wetgever heeft de zorgplicht van de werkgever echter niet absoluut gemaakt. Zo heeft de wetgever in artikel 3 Arbowet bij veel van de daarin opgenomen verplichtingen een beperking aangebracht door daarbij te vermelden dat deze

⁷² W.C.L. van der Grinten (2008), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer p. 235.

verplichtingen gelden voor zover dit redelijkerwijs van de werkgever kan worden verlangd. De afweging die in dit ‘redelijkerwijs’ ligt besloten heeft betrekking op belangen van economische, technische en operationele haalbaarheid. De afweging en inschatting van de redelijkheid van deze taken is primair een zaak van de werkgever⁷³, zij het dat hierover overleg zal moeten worden gevoerd met de werknemers c.q. de OR.

Met het begrip ‘redelijkerwijs’ wordt samen met het eveneens in artikel 3 genoemde begrip ‘stand der wetenschap’ beoogd om het begrip ‘zo goed mogelijk’ in artikel 3 Arbeidsomstandighedenwet enigszins te concretiseren. Die maatregelen dienen te worden genomen die door vakdeskundigen in brede kring wordt aanvaard als toepasbaar in de praktijk. Er wordt ook wel gesproken van ‘best practical means’ hetgeen inhoudt dat ook de economische, operationele en technische aspecten meegewogen mogen worden.⁷⁴

Een werkgever zal onmogelijk zeggenschap over de werkplek van de werknemer kunnen hebben, als de functievervulling inhoudt dat de werknemer geen vaste arbeidsplaats heeft, bijvoorbeeld doordat deze telkens op verschillende adressen arbeid moet verrichten. In het kader van zijn zorgplicht zal de werkgever in de RI&E zoveel mogelijk moeten vastleggen welke risico’s de arbeid voor de werknemer met zich brengt. In zijn voorlichting aan zijn werknemers zal de werkgever uitdrukkelijk bij deze risico’s stil moeten staan en deze zo vaak als nodig is moeten herhalen. Tevens zal de werkgever hierbij, op grond van artikel 8 Arbowet, moeten betrekken dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de wijze waarop de deskundige bijstand in zijn bedrijf of inrichting is georganiseerd.

De Arbowet introduceert hier een nieuw begrip, namelijk bedrijf of inrichting. Uit artikel 1, lid 4 Arbowet blijkt dat hieronder *mede een andere plaats* waar arbeid wordt verricht of pleegt te worden verricht, wordt verstaan. Deze begrippen komen op verschillende plaatsen binnen de Arbowet voor. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat deze begrippen ruim moeten worden opgevat. Zo is voor een onderhoudsbedrijf dat reparaties verricht aan het machinepark in de fabriekshal van een ander bedrijf, de directe omgeving van de te repareren machines de (tijdelijke) arbeidsplaats.⁷⁵ De ruime definiëring van de begrippen ‘bedrijf en inrichting’, benadrukken eens te meer dat de wetgever de bedoeling heeft om de werkgever verantwoordelijk te maken voor veiligheid van de plaats waar de werknemer zijn arbeid verricht. Deze verplichting wordt ingeperkt doordat van de werkgever niet meer dan het redelijke kan worden verlangd. Wat ‘redelijk’ is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Daar waar de werkgever nog enige zeggenschap heeft over de plaats waar hij zijn werknemers in zijn opdracht laat werken, ontbreekt deze volledig als de werknemer zijn arbeidsplaats naar eigen keuze bepaalt. Zoals uit het hierboven gestelde blijkt, is ook dan de volledige arbowetgeving van toepassing, hetgeen inhoudt dat ook dan de werkgever, in beginsel, een zorgplicht heeft voor zijn werknemer. Deze zorgplicht is zelfs ruimer dan de zorgplicht voor de thuiswerkende werknemer. Hier lijkt een wat merkwaardige situatie te ontstaan. Met de wetgeving op het gebied van de arbeidsomstandigheden van de thuiswerker, heeft de wetgever uitdrukkelijk bepaalde onderdelen van het Arbobesluit niet van toepassing verklaard. Daar waar de werknemer er voor kiest om op een andere plek dan thuis te werken, is evenwel de

⁷³ *Kamerstukken II* 1997-1998, 25879, nr. 3 p. 37.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 1997-1998, 25879, nr. 3 p. 12.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2007-2008, 31229, nr. 3 p. 7.

volledige arbeidsomstandighedenwetgeving van toepassing, terwijl de mogelijkheden voor de werkgever om aan zijn zorgplicht te voldoen, hier veelal nog minder aanwezig zullen zijn.

Wanneer de Nederlandse arbowetgeving op dit punt wordt vergeleken met art. 1, lid 1 onder i van het ILO-Verdrag betreffende thuiswerk, blijkt dat hier een verschil tussen zit.⁷⁶ Zo definieert het verdrag thuiswerk als:

‘werk dat een persoon, hierna te noemen thuiswerker, verricht in zijn of haar woning of in een andere ruimte van zijn of haar keuze die niet de arbeidsplaats van de werkgever is’

Uit deze definitie blijkt dat het begrip thuiswerk in het verdrag ruimer is dan in de Nederlandse arbowetgeving. Volgens het verdrag valt hier namelijk ook de arbeid onder die de werknemer verricht in een andere ruimte van zijn of haar keuze. De bepaling inhoudende dat de werknemer met zijn gekozen arbeidsplaats onder de definitie van thuiswerker valt, is in strijd met het door Nederland geratificeerde verdrag niet overgenomen. Dit leidt ertoe dat thans op de werknemer die elders werkt dan op de arbeidsplaats van de werkgever en evenmin in de eigen woning, de gehele arbowetgeving van toepassing is. Deze consequentie zal in het kader van het nieuwe werken ongewenst worden geacht. Toch komt dit wel overeen met de bedoeling van het verdrag. Uit artikel 4 van het verdrag blijkt immers dat met het verdrag wordt beoogd om, zoveel als mogelijk, gelijke behandeling tussen thuiswerkers en andere werknemers te bevorderen. Thuiswerkers, in de ruime definitie van het verdrag, dienen zoveel mogelijk dezelfde arbeidsbescherming te genieten als werknemers die op de arbeidsplaats van de werkgever werken. Het feit dat het Arbobesluit uitdrukkelijk niet van toepassing is op thuiswerkers (in de zin van het Arbobesluit) lijkt dus in strijd met het verdrag. De inperkingen in het Besluit zijn slechts dan toegestaan indien gelijke bescherming, gesproken in termen van nationale regelgeving, in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. Deze redelijkerwijsbepaling lijkt zich overigens goed te verdragen met de bepaling ‘zoveel mogelijk’ in ILO Verdrag 177, al is daar geen redelijkerwijsbepaling in opgenomen. Ook op grond van jurisprudentie van het Europees Hof kan worden aangenomen dat het ontbreken van een redelijkerwijsbepaling in de internationale regelgeving niet impliceert dat de verplichtingen van de werkgever ongelimiteerd zijn.⁷⁷

Vrijwillig of gedwongen thuiswerken?

Hoewel in veel situaties het initiatief tot Het Nieuwe Werken bij de werkgever vandaan zal komen (bijvoorbeeld met het oog op kostenbesparing), zal in andere situaties het initiatief bij de werknemer liggen (bijvoorbeeld met het oog op de combineerbaarheid van arbeid en zorg, het besparen van reistijd, of simpelweg de wens om geconcentreerd te kunnen werken zonder storende invloeden in de werkomgeving). Dit roept de vraag op of in het geval van *vrijwillig* thuiswerken (of op andere locaties) de normen ruimer en de verantwoordelijkheden van de werkgever minder zwaar zijn. Deze vraag dient ontkennend te worden beantwoord. Ook al komt het initiatief van de werknemer, dan nog zal de werkgever een zorgplicht houden voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer. Weliswaar kan een situatie bestaan dat de werknemer zich de facto onttrekt aan het gezag van de werkgever, maar de iure zal veelal sprake

⁷⁶ Verdrag betreffende thuiswerk, ILO-verdrag nr. 177. *Trb.* 1996, 329.

⁷⁷ HvJEG 14 juni 2007 (Europese Commissie/Verenigd Koninkrijk), C-127/05

zijn van een arbeidsovereenkomst en daarmee van een zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW en artikel 3 Arbowet.

In ieder geval zal de werkgever de werknemer moeten wijzen op de eventuele risico's van het plaatsongebonden werken (art. 8 Arbowet), op basis van de RI&E. Bovendien blijven, zoals hierboven uitgebreid betoogd, in situaties waarin niet slechts incidenteel (occasionally) thuiswerk wordt verricht (in de ruime betekenis van ILO Verdrag 177) de arbeidsomstandigheden te voldoen aan de wettelijke normen. Evenmin als een 'gewone' werknemer zich kan onttrekken aan de wettelijke verplichtingen (zie met name ook art. 11 Arbowet) kan een Nieuwe Werknemer dat. Weliswaar zal de werkgever bij een Nieuwe Werknemer meer moeite moeten doen om toezicht te houden op een juist gebruik van de ter beschikking gestelde arbeidsmiddelen (waaronder beeldschermapparatuur), hij zal er in ieder geval voor moeten zorgen dat de arbeidsmiddelen voldoen aan de eisen én afspraken maken over de naleving van de eisen door de thuiswerker. Slechts indien duidelijk is dat de werknemer zich *opzettelijk en bewust roekeloos* niet heeft gehouden aan de wettelijke normen en de voorschriften van de werkgever zal de werkgever er wellicht in slagen eventuele aansprakelijkheid te ontlopen, maar hij houdt wel degelijk een verantwoordelijkheid. Die verantwoordelijkheid noch de aansprakelijkheid kunnen door een overeenkomst tussen werkgever en werknemer worden weggecontracteerd – nog los van de vraag wie daartoe het initiatief heeft genomen. Sterker nog: indien de werkgever willens en wetens (in overleg met de werknemer) de eigen zorgplicht heeft 'versoepeld', zal in geval van aansprakelijkstelling waarschijnlijk een zwakkere bewijspositie hebben – te meer nu uit de jurisprudentie blijkt dat opzet of bewuste roekeloosheid zijdens de werknemer niet snel zal worden aangenomen.⁷⁸

3.4 RUIMTE VOOR AANPASSING VAN HET RECHT

In de vorige paragraaf is een aantal knelpunten gesignaleerd, die wellicht als 'belemmering' voor de introductie van Het Nieuwe Werken gezien zouden kunnen worden. Daarmee zijn we aanbeland bij de laatste twee onderzoeksvragen (vgl. pagina 2):

- (3) In hoeverre laat, daar waar sprake is van belemmeringen of onduidelijkheden, internationale regelgeving de Nederlandse wetgever ruimte tot het eventueel veranderen van geldende regels? Voor zover die ruimte ontbreekt, op welke punten zou het voor Nederland, gelet op zowel de te beschermen belangen als de bijzondere aard van de HNW-arbeidssituatie, de moeite waard zijn te overwegen op internationaal niveau voor aanpassing van regelgeving te pleiten?
- (4) Welke mogelijkheden zijn er - als we rekening houden met de ruimte die internationale regelgeving laat voor wijziging, met de te beschermen belangen, met de aard van HNW-condities en met de mogelijkheden gestalte te geven aan verantwoordelijkheden - de gesignaleerde belemmeringen en onduidelijkheden weg te nemen?

Om te beginnen met vraag 4: de meeste van de hierboven behandelde 'knelpunten' zijn betrekkelijk marginaal, en de oplossingsrichtingen die hierboven geschetst zijn

⁷⁸ S.L.D. Lindenbergh (2009), *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer Monografieën Privaatrecht, p. 79-80

liggen zeer voor de hand. In het merendeel van de gevallen zullen de onduidelijkheden en ‘belemmeringen’ kunnen worden weggenomen door het maken van praktische afspraken tussen werkgever en werknemer(s). Dit kan binnen de bestaande kaders van de wet- en regelgeving, waarbij (dus) ook geen strijdigheid met Europese regels bestaat – ervan uitgaande dat de Richtlijnen juist zijn geïmplementeerd, hetgeen blijkens het uitblijven van inbreukprocedures of andere gerechtelijke stappen zijdens de Europese Commissie het geval lijkt te zijn.

Het enige punt waar serieus sprake zou kunnen zijn van belemmeringen voor de introductie van Het Nieuwe Werken betreft de classificatie van plaatsongebonden arbeid anders dan thuiswerk. Hierboven is aangegeven dat een strikte lezing van het Nederlandse Arbobesluit ertoe zou leiden dat dergelijke arbeid volledig dient te voldoen aan alle eisen in de regelgeving.

De oplossing hiervoor ligt zeer voor de hand: de definitie van ‘thuiswerk’ zou meer in lijn gebracht kunnen (en moeten) worden met de definitie in ILO Verdrag 177. Hiermee worden ook werkzaamheden “in een andere ruimte van zijn of haar keuze die niet de arbeidsplaats van de werkgever is” onder de definitie van thuiswerk geschaard. Hiermee wordt meteen ook voldaan aan een (juistere) implementatie van het Verdrag. Hetzelfde geldt voor de zinsnede in het Verdrag dat géén sprake is van thuiswerk indien “af en toe” op atypische plaatsen wordt gewerkt. Deze bepaling beoogt geen onredelijke voorschriften op de werkgever te leggen. In het Arbobesluit zou een nadere invulling van dit begrip opgenomen kunnen worden, zodat iets meer duidelijkheid (en rechtszekerheid) ontstaat bij werkgevers en werknemers.

In gevallen van plaatsongebonden arbeid uit vrije verkiezing van de werknemer, dus niet op verzoek van de werkgever, is dan het regime van de thuiswerksituatie van kracht, hetgeen iets meer speelruimte biedt dan het regime van de volledige wet- en regelgeving. Een dergelijke ‘oprekking’ van de definitie van thuiswerk verdraagt zich uitstekend met de internationale regels – niet alleen met, uiteraard, het ILO-Verdrag, maar onzes inziens ook met de Europese Richtlijnen. Weliswaar beogen de richtlijnen de gelijke bescherming van alle werknemers, maar die wordt op een aantal punten na ook geboden. Het belangrijkste verschil tussen ‘gewone’ werknemers en ‘thuiswerkers’ (nu in ruimere zin) is gelegen in het niet van toepassing zijn van hoofdstuk 3 Arbobesluit. Een dergelijke inperking is toegestaan, nu de Richtlijn Arbeidsplaatsen blijkens de definitie louter beoogt de werkplekken *in gebouwen van de onderneming en/of inrichting* te reguleren.

Aan de andere kant kan echter worden opgemerkt dat een dergelijke uitbreiding van het begrip ‘thuiswerker’ zich weliswaar lijkt te verdragen met de Europese regels, maar dat strikte lezing van ILO Verdrag 177 leert dat de uitzonderingen in het Arbobesluit ten aanzien van thuiswerk juist in strijd is met de geest van het Verdrag, dat immers juist beoogt om met betrekking tot de positie van thuiswerkers zo min mogelijk uitzonderingen te laten bestaan. De zinsnede “zo veel mogelijk” in het Verdrag lijkt hier echter enige ruimte te bieden.

Van belang is ten slotte nog wel de juiste lezing van de zinsnede “van zijn of haar keuze” in het ILO Verdrag. De eigen keuze van een werknemer om zich te scharen onder het regime van Het Nieuwe Werken betekent *niet* dat daarmee ook de finale verantwoordelijkheid voor de veiligheid en gezondheid ook bij de werknemer zelf komt te liggen. Het Nieuwe Werken ontslaat de werkgever *niet* van zijn zorgplicht – in tegendeel. Juist omdat Het Nieuwe Werken een aantal *praktische* problemen kan

opleveren met betrekking tot de arbeidsomstandigheden van de betrokken werknemers, heeft de werkgever een belangrijke taak: de werkgever zal zich actief dienen te oriënteren op de eventuele risico's van Het Nieuwe Werken, en heeft een navenante verantwoordelijkheid voor voorlichting en onderricht van de werknemers. De werkgever heeft een zorgplicht voor alle werknemers, en wellicht wel zwaarder voor werknemers die zich begeven in werksituaties die wellicht meer, en minder overzichtelijke, risico's met zich brengen dan 'gewoon werk'.

Samenvatting en aanbevelingen

Samengevat kan worden gesteld dat, waar werkgevers wellicht méér ruimte zouden willen hebben voor Het Nieuwe Werken dan nu reeds mogelijk is gegeven de uitzonderingen voor 'thuiswerk', deze ruimte zeer beperkt is – dit in het licht van het uitgangspunt in ILO-Verdrag 177 en de Europese Richtlijnen om alle werkenden zoveel mogelijk hetzelfde beschermingsniveau te bieden.

Wel kan een aantal kleine aanpassingen overwogen worden:

1. Er bestaat op dit moment mogelijk onzekerheid over de positie van werknemers die niet in een vestiging van de eigen onderneming werken, maar ook niet thuis werken. Dit kan worden opgelost door de definitie van het begrip 'thuiswerk' in het Arbobesluit in overeenstemming te brengen met de definitie van 'thuiswerk' zoals genoemd in art. 1, sub a in het Verdrag betreffende thuiswerk (ILO Nr. 177). Dit leidt ertoe dat duidelijk wordt gedefinieerd dat zowel de werknemer die thuis werkt, als de werknemer die in een ruimte van zijn of haar keuze werkt, die niet in zijn woning is maar ook niet de arbeidsplaats van de werkgever is, dezelfde bescherming geniet als een 'gewone' werknemer.
2. Dat op thuiswerkers nu niet het gehele Arbobesluit van toepassing is, lijkt evenwel in strijd te zijn met het bepaalde in art. 4 Verdrag betreffende thuiswerk (ILO nr. 177). Deze strijdigheid kan worden opgelost door de beperkte toepassing van het Arbobesluit op thuiswerkers, zoals thans vastgelegd in art. 1.43 Arbobesluit ongedaan te maken.
3. De precieze betekenis van het begrip 'occasionally' zoals genoemd in art. 1 sub b van het Verdrag betreffende thuiswerk (ILO Nr. 177) is van cruciaal belang voor de bepaling van wat in redelijkheid van een werkgever gevegd mag worden. Dit in die zin dat de gelijke bescherming voor "thuiswerkers" ex art. 1, sub a van het Verdrag niet toekomt aan werknemers die hun werk af en toe thuis verrichten in plaats van op hun normale arbeidsplaats. Het verdient dan ook aanbeveling in het Arbobesluit invulling te geven aan het begrip "af en toe" (occasionally).
4. Nu de thematiek van Het Nieuwe Werken vooral van belang lijkt voor werkzaamheden waarin met regelmaat beeldschermwerk wordt verricht, en dan nog veelal met laptops, verdient het aanbeveling om de invulling van de begrippen 'aanhoudend' en 'draagbaar' in art. 5.8 Arbobesluit nader uit te werken.

4 Arbeidstijden

In dit hoofdstuk komen regelingen aan de orde met betrekking tot (maximale) arbeidstijden, (minimale) rusttijden en enkele andere aan werktijden gerelateerde onderwerpen. Na een korte uiteenzetting van de regeling wordt nagegaan welke consequenties ‘Het Nieuwe Werken’ voor de regulering van dit terrein heeft, welke problemen zich daarbij voordoen en hoe daarin eventueel voorzien zou kunnen worden.

Sinds de Arbeidswet van 1919 is het beginsel aanvaard dat de overheid een regulerende en beschermende taak heeft ten aanzien van al degenen die in een afhankelijke positie arbeid verrichten. Een wettelijke regeling van de arbeidstijden werd noodzakelijk geacht ter bescherming van de gezondheid, veiligheid en zedelijkheid van werknemers. Onder het regiem van de Arbeidswet golden nadere regels die per sector van economische bedrijvigheid verschillend waren uitgewerkt. Afwijkingen van standaardregels waren mogelijk, maar onderworpen aan een uitgebreid vergunningensysteem.

In het kader van een brede heroriëntatie op overheidstaken is de overheid gedurende de laatste decennia van de vorige eeuw de nadruk gaan leggen op de primaire verantwoordelijkheid van het bedrijfsleven zelf voor de condities waaronder gewerkt wordt. De overheid zou daarin veeleer een ordenende en sturende taak hebben te vervullen. Tegelijkertijd zijn er grote veranderingen opgetreden in de sfeer van de arbeid zelf. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel-Arbeidstijdenwet uit 1994 wordt al gewezen op de toegenomen diversiteit in werk- en leefpatronen en op het belang van een grotere arbeidsparticipatie. De combineerbaarheid van arbeid met zorgtaken treedt in de Arbeidstijdenwet voor het eerst naar voren als één van de doelstellingen.⁷⁹

De Arbeidstijdenwet van 1994 heeft vorm gegeven aan de eigen verantwoordelijkheid van het bedrijfsleven via een complex systeem van enerzijds standaardnormen en anderzijds overlegnormen, waarbinnen de sociale partners op basis van collectieve afspraken ook in voor werknemers negatieve zin van de standaardnormen konden afwijken. Met de per 1 april 2007 in werking getreden Wet vereenvoudiging Arbeidstijdenwet is dit grotendeels teruggebracht tot een enkelvoudig systeem van (verruimde) normen waar ook eventuele nadere afspraken tussen werkgevers en werknemers binnen moeten blijven.

⁷⁹ TK 1993-1994, 23 646, nrs 1-3.

4.1 JURIDISCH KADER

4.1.1 NEDERLANDSE WET- EN REGELGEVING

Wettelijk kader voor de regeling van de arbeids- en rusttijden voor werknemers en ambtenaren vormt de Arbeidstijdenwet.⁸⁰ Nadere regelingen zijn opgenomen in het Arbeidstijdenbesluit en het Arbeidstijdenbesluit vervoer.⁸¹ Bij wet van 30 november 2006 (vereenvoudiging Arbeidstijdenwet)⁸² is de systematiek van de normen aanzienlijk aangepast.

De wijziging van de Arbeidstijdenwet die per 1 april 2007 van kracht is geworden, werd gedragen door de gedachte dat de overheid in deze niet meer regels aan het bedrijfsleven moet opleggen dan voor de veiligheid en gezondheid van werknemers noodzakelijk is. Inhoudelijk sluit de nieuwe regeling aan bij de internationale normen voor arbeids- en rusttijden (zie hierna onder 5.1.2) die veel meer ruimte laten dan de standaardregeling van vóór 1 april 2007.

Op grond van artikel 2:1 kan de toepasselijkheid van de Arbeidstijdenwet worden uitgesloten ten aanzien van bij AMvB te bepalen typen arbeid. In artikel 2.1 van het Arbeidstijdenbesluit wordt een reeks van uitzonderingen genoemd; voor hen geldt dat de bepalingen ten aanzien van arbeids- en rusttijden en van de registratieverplichting ter zake niet gelden. Een algemene uitzondering is die voor ‘leidinggevend en hoger personeel’ die is geoperationaliseerd in de vorm van een loongrens: ieder die tenminste driemaal het wettelijk minimumloon verdient (op full-time basis incl. vakantietoeslag; in 2010 bedraagt deze loongrens op jaarbasis € 54 750), valt in beginsel⁸³ niet onder de genoemde bepalingen met betrekking tot arbeids- en rusttijden. Andere uitsluitingen omvatten onder meer vrijwilligers, sporters, podiumkunstenaren en begeleiders van school- en vakantiekampen.

4.1.2 INTERNATIONALE REGELS

De internationaalrechtelijke context voor de regulering van arbeids- en rusttijden wordt gevormd door ILO-verdrag nr. 14 betreffende de wekelijkse rustdag in de industrie⁸⁴ en ILO-verdrag nr. 106 betreffende de wekelijkse rustdag in de handel en op kantoren⁸⁵. Op Europees niveau wordt deze context gevormd door de Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (Arbeidstijdenrichtlijn), door de Richtlijn 94/33/EG betreffende de bescherming van jongeren op het werk (Jongerenrichtlijn) en artikel 2 van het Europees Sociaal Handvest waarin de Lidstaten zich verbinden “redelijke dagelijkse en wekelijkse arbeids-

⁸⁰ *Stb.* 1995, 598. Zie nader over de wet o.m. J. van Drongelen & P.H. Vos, *Arbeidstijdenwet*. Deventer: Kluwer, 2008; J. van Drongelen & D.J.J. Korver, *Tekst en toelichting Arbeidstijdenwet*. Den Haag: Sdu, 2010.

⁸¹ Besluiten van respectievelijk 4-12-1995, *Stb.* 1995, 599 en 14-2-1998, *Stb.* 1998, 125. Deze regelingen kunnen de Atw aanvullen maar ook afwijkende bepalingen bevatten, vgl. art. 5:12 Atw.

⁸² *Stb.* 2006, 632.

⁸³ Er zijn weer uitzonderingen op deze uitsluiting: voor wie arbeid verricht vanaf een mijnbouwwerk, in nachtdienst, of waarbij ernstige risico's voor de veiligheid of gezondheid optreden.

⁸⁴ *Trb.* 1957, 151.

⁸⁵ *Trb.* 1962, 40.

tijden vast te stellen”. Daarnaast bestaan er nog sectorale richtlijnen zoals richtlijn 99/63/EG inzake de overeenkomst betreffende de arbeidstijd van zeevarenden.

De ILO-verdragen: wekelijkse rusttijd

De ILO-verdragen nrs. 14 en 106, respectievelijk in 1965 en 1972 door Nederland geratificeerd, leggen het recht op een ononderbroken rusttijd van minimaal 24 uur per zeven dagen vast voor personeel in de industrie respectievelijk de handel en op kantoren. Die rusttijd moet zoveel mogelijk samenvallen met de in het desbetreffende land erkende wekelijkse rustdag.⁸⁶ Beide verdragen staan uitzonderingen toe, waarbij bepaalde voorwaarden in acht genomen moeten worden. Een belangrijke voorwaarde is dat ook bij de toepassing van uitzonderingen de betrokken werknemers altijd recht hebben op een rusttijd van ten minste 24 uur in elke tijdvak van 7 dagen.⁸⁷ Verder moet worden uitgegaan van uniformiteit voor alle werknemers en moet rekening worden gehouden met de keuze van de werknemer, de tradities en gewoonten en de eisen van ‘regelmaat’ en ‘continuïteit’.

Voor bepaalde sectoren mag een andere wekelijkse rustdag dan de zondag worden vastgesteld en er mag gebruik worden gemaakt van roterende schema’s als de werknemers maar regelmatig en in groepen een wekelijkse rustdag gegarandeerd wordt. In bepaalde bijzondere omstandigheden, waaronder abnormale werkdruk, zijn uitzonderingen toegestaan mits compenserende rust wordt geboden.

Arbeidstijdenregulering in Europa: het ontstaan van sociale grondslag voor arbeidstijdenregulering

Voordat de oorspronkelijke Arbeidstijdenrichtlijn in 1993 werd aangenomen (93/104/EG) bestond er op Europees niveau nauwelijks regelgeving omtrent arbeidstijden. Naast enige sectorale regulering bestonden er slechts als *soft law* te karakteriseren maatregelen, zoals de Aanbeveling van de Raad uit 1975⁸⁸ over het principe van de 40-urige werkweek en de jaarlijkse vier weken vakantie, en een Resolutie uit 1979 over de aanpassing van de werktijd. Zowel de Aanbeveling als de Resolutie richtten zich op de beperking van de arbeidstijden met het oog op het creëren van banen.

Het ‘Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden’ van 1989 gaf de Europese Commissie aanleiding om wat betreft de regulering van de arbeidstijden de focus te verleggen naar de bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers. Dit (niet bindende) Handvest bevat de grondgedachte van het Europese sociale model. Het draagt de lidstaten op zorg te dragen voor de sociale rechten van werknemers, onderverdeeld in een tiental hoofdstukken. De artikelen 7 tot en met 9 van het Handvest dragen de lidstaten op zorg te dragen voor de verbetering van werk- en leefomstandigheden van werknemers, onder meer door maatregelen te nemen omtrent de duur en organisatie van de arbeidstijd. Sinds het Verdrag van Lissabon is het recht op beperking van de arbeidsduur, op dagelijkse en wekelijkse rusttijden en op betaalde vakantie bindend vastgelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

De Arbeidstijdenrichtlijn werd gegrondvest op artikel 118a van het EG Verdrag (het huidige artikel 137), hetgeen van grote invloed is geweest op de latere

⁸⁶ Art. 2 ILO-verdrag nr. 14 en art. 6 ILO-verdrag 106.

⁸⁷ ILO-verdrag nr. 106, art. 7. Volgens het comité van deskundigen geldt dit ook voor ILO-verdrag nr. 14.

⁸⁸ Aanbeveling 75/457/EG.

interpretatie van de Richtlijn. Deze is door het Europese Hof steeds geïnterpreteerd in het licht van de veiligheids- en gezondheidsdoelstelling.⁸⁹

De Arbeidstijdenrichtlijn doet niets af aan het recht van lidstaten of de nationale sociale partners om overeenkomsten omtrent de arbeidstijden af te sluiten die gunstiger zijn voor de veiligheid en gezondheid van werknemers.⁹⁰

Toepasselijkheid en uitzonderingen

De Arbeidstijdenrichtlijn is van toepassing op ‘werknemers’; als ‘werknemer’ wordt in artikel 3 van de Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden gedefinieerd ‘iedere persoon die door een werkgever te werk wordt gesteld, alsmede stagairs en leerlingen, met uitzondering van huispersoneel’. De ‘werkgever’ is gedefinieerd als ‘de wederpartij bij de arbeidsverhouding die de verantwoordelijkheid draagt voor het bedrijf en/of de inrichting’. De richtlijn is niet van toepassing op zelfstandigen zonder personeel. Wel is er een aparte Richtlijn 2002/15 die de arbeidstijden regelt voor zelfstandige vrachtwagenchauffeurs.

De oorspronkelijk Arbeidstijdenrichtlijn kende een aantal belangrijke uitzonderingen, waaronder artsen in opleiding en de transportsector. Via onderhandelingen tussen de sectorale partners is een aantal sectorale richtlijnen tot stand gekomen:

- Richtlijn 99/63 betreffende de organisatie van arbeidstijd van zeevarenden;
- Richtlijn 2000/79 betreffende de organisatie van de arbeidstijd van mobiel personeel in de burgerluchtvaart;
- Richtlijn 2005/47 inzake bepaalde aspecten van de arbeidsvoorwaarden van mobiele werknemers die interoperabele grensoverschrijdende diensten in de spoorwegsector verrichten.

Daarnaast is langs puur legislatieve weg (dus zonder tussenkomst van de sectorale sociale partners) nog een sectorale richtlijn tot stand gekomen, te weten:

- Richtlijn 2002/15 betreffende de organisatie van de arbeidstijd van personen die mobiele werkzaamheden in het wegvervoer uitoefenen.

Vervolgens is de oorspronkelijke Arbeidstijdenrichtlijn zodanig geamendeerd (door Richtlijn 2000/34) dat de sectoren die voorheen werden uitgezonderd en die niet in-tussen gedekt werden door een sectorale richtlijn, zijn geïncorporeerd in de Arbeidstijdenrichtlijn. De nu vigerende Arbeidstijdenrichtlijn, ten slotte, Richtlijn 2003/88 maakt enkel nog een expliciete uitzondering voor zeevarenden zoals gedefinieerd in Richtlijn 99/63. De overige sectorale richtlijnen worden opgevat als “meer specifieke gemeenschapsvoorschriften” welke boven de bepalingen van de algemene Arbeidstijdenrichtlijn gaan.⁹¹

Daarnaast worden onder bepaalde voorwaarden bepaalde activiteiten van de Arbeidstijdenrichtlijn uitgezonderd, zoals van het leger of de politie of bepaalde activiteiten van de diensten burgerbescherming.

⁸⁹ Case C-313/02 Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG [2005] BCR I-000; Case C-173/99 R v. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) [2001] ECR I-4881.

⁹⁰ Art. 15, bevestigd in Case C-14/04 Abdelkader Delaas and Others v. Premier Ministre and others [2006] ECR I-000.

⁹¹ Art. 14 Richtlijn 2003/88/EG.

Systematiek van de Arbeidstijdenrichtlijn

De Arbeidstijdenrichtlijn kent bepalingen ten aanzien van arbeidstijden en nachtwerk en ten aanzien van rusttijden (pauzes, dagelijkse en wekelijkse rust) en vakantie. In deze bepalingen worden grenzen vastgelegd die respectievelijk een maximum- en een minimum-karakter hebben. De werkgever mag de werknemers niet toestaan de aan de arbeidstijden gestelde grenzen te overschrijden respectievelijk moet hij er zorg voor dragen dat werknemers tenminste een rustperiode in acht nemen.

In het Verenigd Koninkrijk is aan dit onderscheid een verdergaande betekenis toegekend: op basis van de term *entitlements* in de Richtlijn maakt men dan onderscheid tussen *limits* en *entitlements*.⁹² Dit onderscheid zou dan meebrengen dat bij *entitlements* de werkgever niet van een werknemer kan eisen gedurende rustperiodes te werken, maar het al dan niet gebruiken van de *entitlement* aan de werknemer mag overlaten. In de bewoordingen van de richtlijnen bij de *Implementing regulations*: “*Employers must make sure that workers can take their rest, but are not required to make sure that they do take their rest.*” Deze zienswijze wordt door de Commissie echter niet gedeeld en het Europese Hof (zaak C-484/04, arrest 7-9-2006) heeft de visie ondersteund dat het, om zeker te zijn van een effectieve bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werknemers, noodzakelijk is dat de minimum rusttijden daadwerkelijk worden nageleefd. Door op basis van dit onderscheid de verplichtingen van werkgevers ten aanzien van *entitlements* te beperken, is het Verenigd Koninkrijk haar verplichtingen die voortvloeien uit de Richtlijn niet nagekomen, aldus het Hof. Natuurlijk kunnen werkgevers werknemers niet ertoe dwingen dat zij tijdens hun pauzes ‘rust’ nemen in de zin dat ze dan niets doen, maar ze kunnen wel zorgen dat er geen “feitelijke beperkingen” worden opgeworpen voor het daadwerkelijk gebruik maken van de rusttijden. Werknemers mogen dus op geen enkele manier nadeel ondervinden van het daadwerkelijk nemen van die rust.

Tenslotte moet als systeemkenmerk van de richtlijn worden genoemd het feit dat alle beperkingen en rechten moeten worden gelezen in het licht van het algemeen organiserend principe van de richtlijn, neergelegd in artikel 13, van de “humanisering van de arbeid”: het werk moet worden aangepast aan de werknemer.

De bepalingen van de Arbeidstijdenrichtlijn

De Arbeidstijdenrichtlijn bevat bepalingen over de volgende onderwerpen:

- de dagelijkse en wekelijkse onafgebroken rusttijd (art. 3 en 5);
- de pauze (art.4);
- de maximum arbeidstijd (art. 6);
- de duur van nachtarbeid (art. 8)
- de referentieperiode, dat wil zeggen de periode waarover de arbeidsduur als gemiddelde per periode mag worden berekend (art. 16);
- de voorwaarden waaronder van de bepalingen in de richtlijn mag worden afgeweken voor bepaalde werkzaamheden en in bepaalde sectoren (art. 17)

De basisregel wat betreft de maximum arbeidsduur in de Arbeidstijdenrichtlijn is vervat in artikel 6. Deze regel bepaalt dat de gemiddelde werktijd, inclusief overwerk, over een periode van 7 dagen de 48 uur niet mag overschrijden, gerekend over een referentieperiode van vier maanden. Hoewel deze bepaling geformuleerd is als een

⁹² C. Barnard, *EC Employment Law*, 3d ed., Oxford: Oxford University Press 2006, p. 577-8.

opdracht aan de lidstaten om de wekelijkse arbeidsduur te regelen via wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen dan wel via collectieve overeenkomsten of bedrijfsakkoorden tussen sociale partners, en er dus van deze bepaling in principe slechts directe verticale werking uitgaat, heeft het Europese Hof in de zaak *Pfeiffer* wel een vergaande interpretatieve verplichting uitgesproken voor de nationale rechter met betrekking tot deze bepaling. De nationale rechter dient bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht die zijn bedoeld om een Europese Richtlijn te implementeren, altijd het geheel aan nationale regels in ogenschouw te nemen en deze te interpreteren in het licht van de bewoording en de strekking van de richtlijn. Voor de maximum arbeidsduur betekent dit, zo stelt het Hof, “dat de nationale rechter alles moet doen wat binnen zijn bevoegdheid ligt om te verzekeren dat de maximum arbeidsduur van 48 uur per week zoals bepaald in artikel 6 van de Arbeidstijdenrichtlijn, niet wordt overschreden.”⁹³

Van groot belang is dan hoe arbeidstijd wordt gedefinieerd. De definitie in artikel 2 van de Richtlijn geeft aan dat arbeidstijd uit drie elementen bestaat. Arbeidstijd is de tijd waarin “de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat, en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig nationale wetten en/of gebruiken”. Het Europese Hof heeft zich meerdere malen uitgesproken⁹⁴ over zaken waarin ‘aanwezigheidsdiensten’ aan de orde waren die werden vervuld op de werkplek. De werknemers stonden ter beschikking van de werkgever, maar of en in hoeverre zij ook daadwerkelijk hun werkzaamheden of functie uitoefenden, hing ervan af of en in hoeverre zich tijdens hun dienst werkzaamheden aandienden. Het Hof heeft bepaald dat tijd doorgebracht op de werkplek, terwijl men zich beschikbaar moet houden voor werk op de voorwaarden van de werkgever (zelfs als men kan slapen in een door de werkgever beschikbaar gesteld bed) gezien moet worden als werktijd.

Dit betekent dat ook tijd waarin men slapend ter beschikking staat van de werkgever gezien wordt als werktijd en dus niet als rusttijd kan worden geteld. Ook moet een aanwezigheidsdienst in zijn geheel worden meegeteld voor het bepalen van de maximale werktijd per week (48 uur gemiddeld). Het Hof heeft aangegeven dat er naast “arbeidstijd” en “rusttijd” geen derde categorie bestaat, dat “arbeidstijd” en “rusttijd” elkaar wederzijds uitsluiten.

Deze definitie van arbeidstijd, die ruimer was dan tot dan toe in Nederland was aangenomen, leidde via de in de CAO gelegde koppeling van beloning aan arbeidsduur tot problemen voor werkgevers, met name in de gezondheidszorg. Mede hierdoor is er meer aandacht gekomen voor de mogelijkheden die de richtlijn bevat om als lidstaat te derogeren van bepaalde artikelen van de richtlijn alsmede voor de mogelijkheid van de individuele opt-out.

Mogelijkheden voor lidstaten om te derogeren van de Arbeidstijdenrichtlijn

De Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (Arbeidstijdenrichtlijn) biedt de lidstaten een complex geheel aan mogelijkheden om van die richtlijn te *derogeren* (d.w.z. haar niet van toepassing te doen zijn). Voorwaarde is wel dat de derogatie is “geïmplementeerd”.⁹⁵ Bovendien moet de reikwijdte van de derogatie beperkt zijn tot datgene wat strikt noodzakelijk is om het doel

⁹³ Joined Cases C-397/1 to C-403/01 *Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz* [2004] BCR I-000, para 88.

⁹⁴ *Simap, CIG Jaeger Deltas*.

⁹⁵ Case C-303/98 *Simap* [2000] ECR I-7963.

waar de derogatiemogelijkheid op ziet, te bereiken.⁹⁶ De derogaties vallen uiteen in zes categorieën:

- arbeidstijd die niet wordt gemeten en/of vooraf wordt bepaald, of die door de werknemer zelf kan worden bepaald;
- andere speciale gevallen;
- ploegendienst;
- cao's of overeenkomsten tussen werkgever en personeelsvertegenwoordiging/OR;
- artsen in opleiding;
- werknemers in de transportsector.

Voor ‘Het Nieuwe Werken’ is met name de eerste categorie van belang, welke wordt geregeld in artikel 17 lid 1 van de richtlijn. Op grond van dit lid mogen de lidstaten afwijken van artikel 3, 4, 5, 6, 8 en 16 van de Richtlijn, dat wil zeggen van alle bepalingen betreffende de arbeids- en rusttijden, behalve de jaarlijkse vakantie.

Artikel 17, lid 1, luidt:

“Met inachtneming van de algemene beginselen inzake de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werknemers, kunnen de lidstaten afwijken van de artikelen 3 tot en met 6, 8 en 16, wanneer de duur van de arbeidstijd wegens de bijzondere kenmerken van de verrichte werkzaamheden niet wordt gemeten en/of vooraf bepaald, of door de werknemers zelf kan worden bepaald, en met name wanneer het gaat om:

- a) leidinggevend personeel of andere personen met een autonome beslissingsbevoegdheid;
- b) arbeidskrachten in gezins- of familieverband;
- c) werknemers die in kerken en religieuze gemeenschappen de eredienst verzorgen.”

Het Verenigd Koninkrijk heeft gebruik gemaakt van deze derogatie. In de *guidance notes* bij de implementatie van de richtlijn wordt gesteld dat

“this derogation essentially applies to workers who have complete control over the hours they work and whose time is not monitored or determined by their employer. Such a situation may occur if a worker can decide when the work is to be done, or may adjust the time worked as they see fit. An indicator may be if the workers has discretion over whether to work on a given day without needing to consult their employer.”⁹⁷

Het Verenigd Koninkrijk heeft vervolgens getracht een nieuwe clausule te introduceren met betrekking tot werknemers wier arbeidstijd gedeeltelijk worden gemeten en/of vooraf bepaald dan wel gedeeltelijk wordt bepaald door de werknemer.⁹⁸ De limiet van een 48-urige werkweek zou slechts van toepassing zijn op dat deel van de werktijd dat vooraf was bepaald dan wel werd gemeten. Wat betreft het deel van het werk waarvoor de werktijd niet tevoren was bepaald of werd gemeten, zou de 48-uurs limiet niet gelden. De vakbond Amicus heeft geklaagd over deze maatregel, waarop deze is ingetrokken twee dagen voor de hoorzitting van het Europese Hof van Justitie. In zijn arrest concludeert het Hof dat door de derogatie van artikel 17(1) Arbeids-tijdenrichtlijn toe te passen op werknemers wier werktijd gedeeltelijk niet wordt gemeten of van tevoren bepaald dan wel welke gedeeltelijk door de werknemers kan

⁹⁶ Case C-151/02 *Jaeger* [2003] ECR _ 8389, para 89.

⁹⁷ Para. 2.2.2 DTI, Regulatory Guidance on the Working Time regulations 28 August 1998.

⁹⁸ SI 1999/3372.

worden bepaald, het Verenigd Koninkrijk heeft gefaald in het nakomen van zijn verplichtingen op grond van artikel 17(1) van de Arbeidstijdenrichtlijn.⁹⁹ Deze mogelijkheid om te derogeren geldt dus enkel voor werknemers wier werktijd in het geheel niet wordt gemeten of tevoren bepaald dan wel werknemers die volledig zelf controle hebben over hun werktijd.

De individuele opt-out-regeling is gebaseerd op artikel 22 van de Arbeidstijdenrichtlijn dat bepaalt dat lidstaten artikel 6 van de richtlijn niet hoeven toe te passen mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, waaronder de voorwaarden dat de individuele werknemer uitdrukkelijk met uitbreiding van de wekelijkse arbeidstijd boven de 48 uur instemt en dat werknemers die daartoe niet bereid zijn, daar op geen enkele manier nadeel van ondervinden. Nederland heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid om de gevolgen van het Jaeger-arrest op te vangen (aanwezigheidsdiensten) en voor een overgangsregeling in de transportsector.¹⁰⁰

Relevante bepalingen van de Jongerenrichtlijn

De Jongerenrichtlijn geeft voorschriften over de arbeids- en rusttijden voor kinderen en adolescenten. Onder kinderen wordt verstaan: jongeren onder de 15 jaar dan wel jongeren die nog onder de nationale voltijdse leerplicht vallen. Onder adolescenten wordt verstaan: jongeren tussen 15 en 18 jaar die niet meer onder de nationale voltijdse leerplicht vallen.

De Jongerenrichtlijn verbiedt kinderarbeid, met enkele beperkte uitzonderingen. Daarnaast verbiedt de richtlijn nachtarbeid voor adolescenten, zij het dat uitzonderingen mogelijk zijn voor arbeid tot middernacht en na 4.00 uur, en in bepaalde sectoren, mits maatregelen genomen zijn wat betreft toezicht van een volwassene indien dit nodig is om de adolescent te beschermen. Verder bevat de richtlijn de volgende voorschriften voor jongeren:

- dagelijkse onafgebroken rusttijd van 12 uur (art. 10, lid 1)
- wekelijkse onafgebroken rusttijd van 48 uur (art. 10, lid 2), welke mag worden ingekort tot 36 uur, in principe de zondag omvattend
- voor bepaalde sectoren mogen afwijkende voorschriften worden gegeven met betrekking tot de dagelijkse en wekelijkse onafgebroken rusttijd voor adolescenten (art. 10, lid 4).

4.2 ZORGPLICHTEN TEN AANZIEN VAN ARBEIDS- EN RUSTTIJDEN

De Arbeidstijdenwet legt de werkgever een aantal algemene verplichtingen op en bevat een reeks van normen voor minimale rust- en maximale arbeidstijden.

De Arbeidstijdenwet bevat daarnaast nog een aantal op zich belangrijke bepalingen, zoals het verbod op kinderarbeid (art. 3:2-5), het recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof (art 4:6), het borstvoedings- en kolfrecht (art. 4:8) waaraan we in het kader van dit rapport niet afzonderlijk aandacht besteden.

⁹⁹ Case 484-04 *Commission vs. UK*: SI 2006/99 the Working Time (Amendment) Regulations 2006.

¹⁰⁰ Besluit van 22 november 2005 tot wijziging van het Arbeidstijdenbesluit in verband met een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen betreffende aanwezigheidsdiensten (*Stb.* 2005, 605); Besluit van 11 december 2006 tot wijziging van het Arbeidstijdenbesluit vervoer (*Stb.* 2007, 10).

4.2.1 ALGEMENE VERPLICHTINGEN

De algemene verplichting, geformuleerd in artikel 4:1 van de Arbeidstijdenwet, houdt in dat de werkgever een zo goed mogelijk beleid voert ten aanzien van de arbeids- en rusttijden van de werknemers en daarbij, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening houdt met de persoonlijke omstandigheden van die werknemers. Hij moet dat beleid bovendien voeren in samenhang met het arbeidsomstandighedenbeleid. Arbeids- en rusttijden maken mede deel uit van de risico-inventarisatie en –evaluatie die hij in het kader van zijn arboverplichtingen uit moet doen voeren (art. 4:1 lid 4 Atw).

Het opnemen van die plicht rekening te houden met “persoonlijke omstandigheden” geeft mede invulling aan de tweede doelstelling van de Arbeidstijdenwet (“bevordering van de combinatie van arbeid en zorgtaken, alsmede andere verantwoordelijkheden buiten de arbeid”). Het motief is daarmee geagendeerd, de invulling van de verplichting is afhankelijk van de afwegingen van de werkgever en van zijn overleg met het medezeggenschapsorgaan of de werknemers.

De Arbeidstijdenwet gaat ervan uit dat de werkgever vanuit dat beleid komt tot het vastleggen van “arbeidstijdenpatronen”. Hij moet die in schriftelijke vorm vastleggen en zorgen dat iedere werknemer er desgewenst kennis van kan nemen (art. 4:1 lid 2). Dat moet ook tijdig gebeuren: 28 dagen van te voren, tenzij dat anders is afgesproken of ‘in verband met de aard van de arbeid’ onmogelijk is; in dat laatste geval moet hij wel de wekelijkse rusttijd 28 dagen van te voren bepalen maar mag hij de werktijden uiterlijk vier dagen van te voren bekend maken.

De werkgever is verplicht tot een ‘deugdelijke registratie’ van de arbeids- en rusttijden “welke het toezicht op de naleving van deze wet en de daarop berustende bepalingen mogelijk maakt.” (art. 4:3 lid 1). Bij AMvB kunnen – eventueel per sector verschillende – nadere regels worden gesteld aan de wijze van registratie en kunnen ook aan werknemers verplichtingen worden opgelegd met betrekking de middelen die daarbij moeten worden gebruikt (bijv. gebruik van een tachograaf in het wegvervoer). De werkgever moet dus zorg dragen dat wordt geregistreerd wanneer een werknemer met de arbeid begint, wanneer hij pauzes opneemt en wanneer hij de arbeid beëindigt; indien van toepassing ook: het begin en eind van consignatiediensten.

4.2.2 NORMEN VOOR RUST- EN ARBEIDSTIJDEN

De normen hebben, voor zover in het kader van dit rapport van belang, in hoofdzaak betrekking op zes onderwerpen:

- (1) (minimale) rusttijden
- (2) (maximale) arbeidstijden
- (3) (minimale) pauzes
- (4) zondagsarbeid
- (5) nachtarbeid
- (6) consignatie (deze term duidt de periode aan waarin een werknemer weliswaar niet aan het werk is maar bereikbaar moet zijn om op oproep zonodig, met onderbreking van zijn pauze of rusttijd, zijn werk te verrichten).

In de normen wordt onderscheid gemaakt tussen volwassen werknemers (van 18 jaar en ouder) en jeugdige werknemers, waarvoor ten dele striktere normen gelden. De normen worden hier kort uiteengezet:

Minimale rusttijden

De minimale periode gedurende welke rust moet kunnen worden genoten, is zowel per week als per dag bepaald. Uitgangspunt is dat *per week* (periode van 7 x 24 uur) een periode van 36 uur rust moet kunnen worden genoten. Iets meer flexibiliteit, maar uitsluitend voor werknemers van 18 jaar of ouder, biedt de aanvullende bepaling dat eventueel deze rustperiode kan worden bepaald op 72 uur per periode van twee weken (14 x 24 uur), waarbij de rustperiode kan worden opgesplitst in delen die elk minstens 32 uur moeten omvatten (art. 5:5 Atw).

De minimale rust *per dag* (periode van 24 uur) bedraagt 11 uur voor volwassenen, en 12 uur voor jeugdige werknemers; voor jeugdige werknemers moet daar altijd de tijd tussen 23.00 en 6.00 uur deel van uitmaken (art. 5:3 Atw). Voor volwassenen geldt dat de minimale rusttijd één keer per week (7 x 24 uur) ingekort mag worden tot 8 uur, als de aard van de arbeid of de bedrijfsomstandigheden dat noodzakelijk maken (art. 5:3 lid 2 Atw).

Maximale arbeidstijden

De arbeidstijd wordt tegelijkertijd naar vier periodes gemaximeerd: per dienst, per week, per periode van vier en per periode van zestien weken.

De maximale arbeidstijd *per dienst* is voor volwassenen 12 uur, voor jeugdigen 9 uur; *per week* respectievelijk 60 en 45 uur (art. 5:7 Atw). Voor zwangere werknemers geldt een maximum van 10 uur (art. 4:5 lid 4 Atw).

Per periode van *vier weken* dient de gemiddelde wekelijkse arbeidstijd de 55 uur (voor jeugdigen: 40 uur) niet te overschrijden. Voor volwassenen kan dat maximum bij CAO nog tot maximaal 60 uur worden verhoogd. Voor zwangere werknemers geldt een maximum van 50 uur (art. 4:5 lid 4 Atw).

Per periode van *zestien weken* mag de gemiddelde wekelijkse arbeidstijd niet meer bedragen dan 48 uur. Voor zwangere werknemers geldt een maximum van 45 uur (art. 4:5 lid 4 Atw).

Minimale pauzes

Duurt een dienst langer dan 5½ uur, dan moet een half uur worden gepauzeerd, eventueel te splitsen in tweemaal een kwartier. Voor volwassenen kan de pauze bij CAO worden teruggebracht tot één kwartier.

Duurt een dienst langer dan tien uur, dan dient de pauze drie kwartier te omvatten, eventueel te splitsen in driemaal een kwartier (art. 5:4 Atw).

Voor zwangere werknemers geldt dat zij extra pauzes mogen nemen die gezamenlijk ten hoogste een achtste van de geldende arbeidstijd per dienst mogen bedragen (art. 4:5 lid 2).

Zondagsarbeid

Op zondag wordt geen arbeid verricht, behalve voor zover dat uit de aard van de arbeid voortvloeit en het tegendeel (d.w.z.: arbeid op zondag) is bedongen. Als de bedrijfsomstandigheden dat noodzakelijk maken, kan arbeid op zondag wel deel

uitmaken van de normale bedrijfstijden, mits de werkgever daarover overeenstemming heeft bereikt met het medezeggenschapsorgaan of de betrokken werknemers; daarbij is steeds voor elke arbeid op zondag de instemming van de betrokken werknemer een voorwaarde. Per jaar (periode van 52 weken) moet een werknemer op tenminste 13 zondagen geen arbeid verrichten (art. 5:6 Atw).

Aan werknemers voor wie de wekelijkse rustdag op grond van hun godsdienst of levensbeschouwing een andere dag dan de zondag is, worden overeenkomstige rechten toegekend (art. 5:1 Atw).

Nachtarbeid

Als er sprake is van nachtdiensten (een nachtdienst is een dienst waarvan tenminste één uur valt in het tijdsbestek tussen 0.00 en 6.00 uur), dan gelden afwijkende normen. Na een nachtdienst die eindigt na 2.00 uur is de minimale *rusttijd* 14 uur. Eenmaal per week mag die rustperiode, als de aard van het werk of de bedrijfsomstandigheden dat vereisen, worden teruggebracht tot 8 uur (art. 5:8 lid 4 Atw). Na drie of meer achtereenvolgende nachtdiensten dient een minimale rustperiode van 46 uur in acht te worden genomen (art. 5:8 lid 5 Atw).

De maximale *arbeidstijd* is per nachtdienst bepaald op 10 uur (art. 5:8 lid 1). Deze kan worden verruimd tot 12 uur, maar dat mag niet meer dan vijf keer per twee weken en bovendien niet meer dan 22 keer per jaar (art. 5:8 lid 3 Atw). Als in een periode van 16 weken 16 of meer keer nachtarbeid wordt verricht, dan mag de arbeidstijd over die periode niet meer dan gemiddeld 40 uur per week bedragen (art. 5:8 lid 2 Atw).

Jeugdige en zwangere werknemers kunnen in beginsel niet worden verplicht nachtdienst te verrichten (art. 4:5 lid 5).

Consignatie

Consignatie mag alleen worden opgelegd aan werknemers van 18 jaar of ouder (art. 5:9 lid 1). De periode waarover consignatie mag worden opgelegd, wordt door een aantal bepalingen beperkt. In elke periode van vier weken (28 x 24 uur) mag maar de helft van de tijd consignatie worden opgelegd (exact: 14 x 24 uur moet zonder consignatie blijven). Bovendien moeten in die periode van vier weken ten minste tweemaal twee dagen (2 x 48 uur) zitten waarin noch arbeid noch consignatie plaatsheeft (art. 5:9 lid 2 Atw). In de elf uren voorafgaande aan en in de veertien uren volgende op een nachtdienst mag geen consignatie worden opgelegd (art. 5:9 lid 3 Atw).

Het maximum van de totale arbeidstijd (dus inclusief die welke voortvloeit uit oproepen tijdens de consignatieperiode) mag 13 uur bedragen. Elke oproep in de consignatieperiode die leidt tot een actie van de werknemer telt voor ten minste een half uur arbeidstijd.

Als in een periode van zestien weken zestien of meer keer een consignatiedienst mede nachtelijke uren (tussen 0.00 en 6.00 uur) heeft omvat, mag de gemiddelde wekelijkse arbeidstijd niet meer dan 40 uur bedragen, maar als na afloop van de oproep of de aansluitende dienst een rustperiode van ten minste 8 uur is gegarandeerd, mag dat gemiddelde maximaal 45 uur zijn (art. 5:9 lid 6 Atw).

4.2.3 HANDHAVING

Sinds de invoering van de Arbeidstijdenwet is een groot deel van de handhaving komen te berusten bij de betrokken partijen, werkgevers en werknemers zowel als collectieve organisaties van beiden. De bestuursrechtelijke handhaving beperkt zich in hoofdzaak tot overschrijdingen van de ‘buitenste’ normen. Zij ligt in handen van de Arbeidsinspectie en, op enkele speciale deelgebieden, van bijzondere toezichthouders zoals bijvoorbeeld de Inspectie Verkeer en Waterstaat voor de transportsector.

4.3 HET NIEUWE WERKEN EN DE ARBEIDSTIJDENREGELGEVING

Voor zover werknemers hun werk niet in een gecentraliseerde vestiging van het bedrijf, maar op een andere plek verrichten, doet zich een aantal problemen voor die juridisch daarmee samenhangen dat de voorwaarde van de mogelijkheid van rechtstreeks toezicht van de werkgever op arbeid- en rusttijden niet langer is vervuld. Eenvoudig gezegd is de vraag: hoe kan de werkgever vorm geven aan zijn zorg-, registratie- en nalevingsverplichtingen als de feitelijke arbeid zich buiten zijn gezichtsveld afspeelt?

Voor zover wordt gesteld dat HNW op dit gebied voor een deel nieuwe problemen meebrengt, dienen bij dat ‘nieuwe’ enkele kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste wordt in een situatie waarin werknemers hun arbeid in een gecentraliseerd bedrijf verrichten, direct toezicht van de werkgever wel voorondersteld, maar blijft het in de praktijk niet zelden een niet of slechts gedeeltelijk gerealiseerde mogelijkheid. Wel is het zo dat, als in die situatie zou blijken dat de regels van de Atw niet worden nageleefd, de werkgever daar vervolgens wel op wordt aangesproken – hij heeft immers de mogelijkheid gehad op handhaving toe te zien. In het kader van HNW zou een belangrijke vraag kunnen zijn op welke mogelijkheden de werkgever kan en mag worden aangesproken als dat toezicht zich meer op afstand moet afspelen.

Ten tweede bestaan er ook zonder dat HNW aan de orde is, al lang allerlei typen werk waarbij werknemers hun werk buiten het directe gezichtsveld van werkgevers verrichten (bijvoorbeeld in sectoren als transport of reparatie). In dergelijke situaties is in de naleving van de Atw deels voorzien door in die situaties werknemers verplichtingen op te leggen tot het registreren van arbeidstijden. Bij bepaalde, met name risicovolle typen werk blijft het regiem zelfs niet beperkt tot werknemers maar zijn ook zelfstandig werkenden verplicht hun uren te registreren.

Ten derde wordt als een van de risico’s van HNW gezien dat werknemers in dat kader worden gebonden aan *targets* en vervolgens, teneinde die te halen, veel meer uren gaan werken dan waar hun aanstelling in voorziet. De cijfers over (onbetaald) overwerk, die zo nu en dan uit arbeidsenquêtees naar voren komen, wijzen erop dat dit risico niet uitsluitend aan HNW is gekoppeld maar dat ook bij het ‘oude werken’ sprake is van arbeidstijd die buiten het zicht van de werkgever uitdijt.¹⁰¹

¹⁰¹ Met het Verenigd Koninkrijk en Oostenrijk behoort Nederland in Europa tot de koplopers wat betreft het percentage werknemers dan onbetaald overwerk verricht, vgl. European Commission, *Employment in Europe – Trends and Prospects*, 2003, ch. 4.

Een laatste kanttekening, die met de voorgaande verband houdt, betreft de risico's van het zelf registreren. Een van de consequenties van de gezagsverhouding als element van de arbeidsovereenkomst is dat het registreren van arbeidstijden niet noodzakelijkerwijs een neutrale activiteit is maar 'gekleurd' kan worden door belangentegenstellingen tussen werkgever en werknemer. Wie bijvoorbeeld moeite heeft met het werk dat hij thuis moet verrichten en bang is dat hij er langer over doet dan zijn collega's of dan redelijkerwijs verwacht mag worden, kan al gauw in de verleiding komen wat minder uren te noteren dan hij daadwerkelijk heeft gewerkt.

Op een aantal punten draagt 'Het Nieuwe Werken' ertoe bij de doelstellingen van de Arbeidstijdenwet (beter) te realiseren. Aan de combineerbaarheid van arbeid met zorgtaken en andere maatschappelijke verplichtingen, opgenomen in de tweede doelstelling van de Atw, levert de flexibiliteit die met HNW wordt gecreëerd zonder twijfel een bijdrage. Doorgaans zal een werkgever ook met recht kunnen volhouden dat met HNW beter wordt aangesloten bij de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Maar het zijn toch individuele kenmerken van een werknemer die in deze de doorslag moeten geven en die kunnen in bepaalde gevallen meebrengen dat juist een werkplek op een gecentraliseerde vestiging, met vaste bureautijden, voor deze werknemer aangewezen zijn. HNW ontslaat de werkgever dus niet van de verplichting tot afstemming op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

Mogelijke knelpunten

Aan drie mogelijke knelpunten van HNW in verband met de thema's die door de Atw worden bestreken, wordt hier in het bijzonder aandacht besteed:

(1) registratie

De werkgever moet zorgen voor een deugdelijke registratie van arbeids- en rusttijden. Als de werknemer zich in het kader van HNW 'elders' bevindt, zal de werkgever op een andere manier invulling aan deze verplichting moeten geven dan wanneer de werknemer een vaste aanwezigheid(sverplichting) heeft op een centrale vestiging van het bedrijf. Dat is niet iets heel nieuws want het geldt nu ook al voor sectoren zoals het wegvervoer.

Te denken valt aan de mogelijkheid de werknemer een grotere verantwoordelijkheid te geven in het registreren van zijn arbeids- en rusttijden. In het wegvervoer is gebruik gemaakt van de door art. 4:3 lid 3 Atw geschapen mogelijkheid de verantwoordelijkheid voor het registreren van arbeids- en rusttijden deels bij werknemers te leggen. In het Arbeidstijdenbesluit vervoer (art. 2.4: 2 en 3) zijn daartoe regelingen opgenomen. Ook in de binnenvaart, het loodswezen en het luchtverkeer bestaat een werknemersverplichting tot registratie. Er is jurisprudentie volgens welke leerkrachten gehouden zijn 's avonds en in het weekend gewerkte uren te registreren.¹⁰² In bepaalde sectoren zijn overigens ook zelfstandig werkenden verplicht zo'n registratie bij te houden. Een verschil met de omstandigheden waarin HNW zich veelal afspeelt, is dat in de transportsector de werkplek zich grotendeels in de openbare sfeer bevindt; daar is de registratie door toezichthouders te controleren. Bij thuiswerk is dat om diverse redenen van praktische zowel als principiële aard (privacy) niet goed mogelijk.

¹⁰² Van Drongelen & Korver (2010, 117) verwijzen naar drie uitspraken ter zake: Rb. Leeuwarden 19-12-2003; Rb. Almelo 25-04-2002; Hof Arnhem 3-2-2003 (JIN'-nr AF3887).

(2) het voeren van een zo goed mogelijk arbeids- en rusttijdenbeleid

Ten opzichte van de situatie waarin de werkgever geacht wordt binnen zijn bedrijf de roosters te controleren vergt HNW een andere benadering van het arbeids- en rusttijdenbeleid. Naarmate minder rechtstreeks toezicht mogelijk is, komt het meer aan op het informeren en voorlichten van werknemers en het gebruik maken van methoden van risico-inventarisatie. Bij deze laatste zou een nieuw element kunnen zijn dat werkgevers gebruik gaan maken van informatie omtrent de persoonlijkheid (meten van ‘attitudes’) van de werknemer om te kunnen voorspellen welke risico’s deze persoonlijkheid meebrengt en welke maatregelen derhalve nodig zijn om naleving van de Atw-normen door de werknemer te bevorderen of te garanderen.¹⁰³

(3) toezicht op handhaving van de normen

De werkgever moet zorgen voor naleving van de normen met betrekking tot arbeids- en rusttijden. “De werkgever organiseert de arbeid zodanig dat...”, zo luidt steeds de formulering van de wet. Hoe meer de werknemer zijn werkzaamheden elders, buiten het gezichtsveld van de werkgever verricht, des te lastiger is het aan dit toezicht gestalte te geven. Daar komt bij dat niet alleen de taakstellingen van de werkgever hier tot overschrijding van de normen kunnen leiden; in het kader van HNW kan het ook het belang van de werknemer zijn (bijv. compensatie van zorgtaken overdag) dat hem ertoe brengt op atypische tijden te veel te gaan werken.

Naar analogie van wat nu al in bepaalde sectoren gebruikelijk is, kan hier worden gedacht aan een combinatie van een systeem van eigen registratie van arbeids- en rusttijden door de werknemer en regelmatige functioneringsgesprekken waarin de gegevens uit deze registratie ook onderwerp van gesprek zijn. Daarbij geldt voor thuiswerk wel het boven al genoemde bezwaar dat eigen registratie zich niet zonder moeite verdraagt met de gezagsverhouding in de relatie tussen werkgever en werknemer.

4.4 RUIMTE VOOR AANPASSING VAN HET RECHT

In de verhoudingen tussen HNW en de wettelijke regeling van arbeids- en rusttijden is de vraag naar verandering eigenlijk een tweeledige. Ten eerste is de vraag welke formele ruimte de geldende regelingen laten voor tijdongebonden arbeidspatronen. En ten tweede is de vraag: als die ruimte er is, welke eventueel nieuwe middelen zijn er dan ter behartiging van het door die regelgeving te beschermen belang, in de bewoordingen van de Europese Commissie: ‘de negatieve effecten van het overwerk te compenseren dat het gevolg zou kunnen zijn van ongereguleerde individuele transacties’.¹⁰⁴

Wat betreft de formele ruimte moet allereerst worden aangetekend dat herziening van de Arbeidstijdenrichtlijn zelf nog steeds op de EU-agenda staat. Nadat een eerdere poging daartoe in 2009 was stukgelopen, is de Commissie in 2010 opnieuw een consultatieronde gestart (zie COM(2010)106) bij welke gelegenheid zij er mede op

¹⁰³ Tijdens de eerste *expert meeting* kwam een door een bedrijf gehanteerde praktijk op dit punt ter sprake waarbij een psychologische test wordt gehanteerd om persoonlijkheidsspecifieke risico’s van HNW in kaart te kunnen brengen.

¹⁰⁴ COM(2010)106.

heeft gewezen dat de opkomst van nieuwe arbeidssituaties zoals HNW aanpassing van de richtlijn mogelijk gewenst maakt.

De bestaande Arbeidstijdenrichtlijn (2003/88/EG) biedt, zoals hierboven in paragraaf 4.1.2 al is geconstateerd, zelf mogelijkheden de toepasselijkheid van die richtlijn op arbeidsverhoudingen te vermijden. De eerste zou kunnen zijn de wijze waarop het werkgevers- en werknemersbegrip in de "moeder-richtlijn" inzake Veiligheid en gezondheid (89/391/EEG) zijn gedefinieerd. Werknemer is wie “door een werkgever te werk wordt gesteld” waarmee de definitie volledig afhangt van werkgeverschap. Het werkgeversbegrip wordt op zijn beurt begrensd door het criterium ‘verantwoordelijkheid dragen voor het bedrijf en/of de inrichting’. Deze verantwoordelijkheid is geformuleerd in nauwe aansluiting op de zeggenschap over de fysieke werkomgeving. Vatten we de HNW-werkplek op als zo’n ‘inrichting’ en zouden we kunnen volhouden dat de opdrachtgever van werkzaamheden over deze inrichting geen zeggenschap kan uitoefenen en dus geen verantwoordelijkheid daarvoor draagt, dan zou daarmee geen sprake zijn van werkgeverschap en zou de richtlijn niet van toepassing zijn. Wij wijzen hier slechts op de mogelijkheid van deze interpretatie die, voor zover wij hebben kunnen nagaan, op *dit* terrein nog niet door de rechter is getoetst; wel overigens het kader van de Arbo-regelgeving, waar uitgemaakt is dat de opdrachtgever/werkgever zich met een beroep op het ontbreken van zeggenschap niet kan disculperen.

Een tweede mogelijkheid is die welke artikel 17 Arbeidstijdenrichtlijn biedt te derogeren van die richtlijn, mits de reikwijdte van de derogatie beperkt is tot datgene wat strikt noodzakelijk is om het doel waar de derogatiemogelijkheid op ziet, te bereiken. Eén van de daarbij genoemde omstandigheden is die waarin arbeidstijd niet wordt gemeten en/of vooraf bepaald of waarin de werktijden geheel door de werknemer zelf kunnen worden bepaald. Dat biedt een mogelijkheid, althans voor werknemers die in het kader van HNW zodanige afspraken hebben gemaakt dat zij *geheel* vrij zijn in het bepalen van hun werktijden de toepasselijkheid van de Nederlandse Atw te beperken.

Een derde uitweg biedt de in artikel 18 Arbeidstijdenrichtlijn opgenomen mogelijkheid bij CAO (of vergelijkbare collectieve afspraak) af te wijken van de normen voor rusttijden, pauzes, nachtarbeid en referentieperiodes. Daarbij is wel een voorwaarde dat aan de betrokken werknemers gelijkwaardige compenserende rusttijden worden geboden of, als dat niet mogelijk is, passende bescherming.

Een vierde mogelijkheid is de ‘opt out’ van artikel 22 Arbeidstijdenrichtlijn, waarvan Nederland in twee bijzondere situaties reeds gebruik heeft gemaakt. Tot de voorwaarden voor deze mogelijkheid behoort die van de expliciete, volledig vrijwillige medewerking van de werknemer.

Tenslotte biedt ten aanzien van een deel van de ‘nieuwe werkers’ de bestaande bepaling dat werknemers met een inkomen van meer dan driemaal het minimum-inkomen niet onder de Atw vallen, in zoverre nu reeds ruimte.

Mede gelet op de strekking van artikel 23 van de richtlijn, zou gebruik van de mogelijkheden werknemers aan het regiem van de Arbeidstijdenrichtlijn te onttrekken wel vereisen dat Nederland ten aanzien van deze categorieën van werknemers op andere wijze garandeert dat de veiligheid, gezondheid en het welzijn van deze werkers niet in gevaar komt door overmatige arbeidstijden.

Dat zou bijvoorbeeld kunnen door minimale voorwaarden van procedurele aard te stellen, hetzij indirect, door eisen te stellen aan collectieve afspraken voor die gevallen waarin van de basisnormen van de richtlijn wordt afgeweken, hetzij direct, door eisen te stellen aan de registratie van arbeidstijden en aan de wijze waarop van de kant van de werkgever daarop toezicht wordt gehouden.

5 Overige onderwerpen

In dit hoofdstuk komen enkele regelingen aan de orde, waarvan de toepassing mede door praktijken van HNW kan worden beïnvloed: tijdsarrangementen en medezeggenschap. Voor deze onderwerpen geldt, anders dan voor die welke in hoofdstuk 3 en 4 werden besproken, dat de invloed van HNW relatief beperkt is, zodat zij in veel korter bestek kunnen worden behandeld.

5.1 TIJDSARRANGEMENTEN

In de Arbeidstijdenwet is als tweede doelstelling geïncorporeerd: de combineerbaarheid van arbeid met overige maatschappelijke verplichtingen waaronder zorgtaken. Daarnaast zijn de mogelijkheden van werknemers, zelf structuur te geven aan de verdeling tussen arbeidstijd en de tijd besteed aan andere maatschappelijke activiteiten, verruimd door een aantal specifieke regelingen. Hier worden in dit verband de Wet arbeid en zorg en de Wet aanpassing arbeidsduur in het licht van HNW besproken.

5.1.1 WET ARBEID EN ZORG

Voor een aantal onderzochte onderwerpen is het juridisch van weinig belang of de werknemer zijn arbeid verricht volgens een patroon à la HNW, of op vaste tijden op kantoor. De feitelijke veranderingen die door een arbeidspatroon in de geest van HNW optreden, hebben lang niet altijd juridische gevolgen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de verlofrechten op grond van de Wet arbeid en zorg: onbetwist is dat de werknemer die rechten heeft, ook als hij de arbeidstijden en -plaats zelf kan bepalen. Voorstelbaar is echter dat, hoe meer de werknemer de mogelijkheid krijgt de arbeidstijden zelf te bepalen, des te geringer voor een werknemer de noodzaak zal zijn zorgverlof op te nemen en wellicht ook des te lastiger een beroep daarop gehonoreerd te krijgen.

5.1.2 WET AANPASSING ARBEIDSDUUR

De Wet aanpassing arbeidsduur (Waa) geeft werknemers onder voorwaarden het recht een verzoek in te dienen bij de werkgever tot aanpassing van de arbeidsduur, hetzij in opwaartse, hetzij in neerwaartse richting. Artikel 2 Waa vormt de kern van de wet. Voor HNW lijken vooral artikel 2 lid 6 en lid 8 van belang.

Uitgangspunt van de wet is, dat de werkgever een verzoek tot aanpassing honoreert, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten (art. 2 lid 5). De werkgever stelt de spreiding van de uren vast overeenkomstig de wensen van de werknemer. De werkgever kan de gewenste spreiding van de uren

wijzigen, indien hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 2 lid 6).

Te verwachten is dat indien HNW is ingevoerd voor de werknemer die een beroep doet op de Waa, de ruimte voor verweer van de werkgever op grond van artikel 2 lid 5 kleiner is dan wanneer er geen sprake zou zijn van HNW. Dat zal *a fortiori* het geval zijn met betrekking tot de door de werknemer gewenste spreiding van uren (art. 2 lid 6).

Het achtste lid van artikel 2 geeft een niet uitputtende opsomming van wat in geval van een verzoek tot vermindering van de arbeidsduur moet worden verstaan onder een zwaarwegend belang van de werkgever. Dit is het geval indien de vermindering leidt tot ernstige problemen:

- a. voor de bedrijfsvoering bij de herbezetting van de vrijgekomen uren;
- b. op het gebied van de veiligheid, of
- c. van roostertechnische aard.

De kans dat zich de onder b en c genoemde situaties voordoen zal bij HNW kleiner zijn dan zonder HNW.

Een verzoek tot *vermeerdering* van de arbeidsduur kan worden afgewezen op grond van (vooral) financiële redenen (zie art. 2 lid 9 Waa). Een zwaarwegend belang kan echter ook gelegen zijn in problemen van organisatorische aard (art. 2 lid 9 onder a). De kans dat de werkgever daarop met succes een beroep kan doen wordt ook weer kleiner als er sprake is van HNW. De overige gronden worden niet beïnvloed door HNW.

De conclusie is dat HNW enkele onderdelen van de Waa nader inkleurt en de kans vergroot dat de werkgever een verzoek van de werknemer tot vermindering van de arbeidsduur moet honoreren, omdat hij niet met succes een beroep kan doen op de gronden genoemd in artikel 2 lid 8. Met betrekking tot een verzoek tot vermeerdering van de arbeidsduur is HNW minder relevant, zij het met uitzondering van de organisatorische redenen die een werkgever zou kunnen aanvoeren om een verzoek niet in te willigen.

Denkbaar is overigens dat de *kans* dat een werknemer een beroep doet op de Waa kleiner is onder HNW dan onder meer traditionele vormen van arbeid, voor zover het voor werknemers daadwerkelijk makkelijker is eigen voorkeuren te realiseren.

5.2 MEDEZEGGENSCHAP

5.2.1 INLEIDING

De bevoegdheden van de Nederlandse ondernemingsraad zijn relatief uitgebreid, vergeleken met medezeggenschapsorganen in de meeste andere EU-landen. Wij wijzen in het bijzonder op het advies- en beroepsrecht ten aanzien van strategische besluiten en het instemmingsrecht ten aanzien van regelingen van sociale aard. In hoeverre wordt regelingen met betrekking tot (de invoering van) het HNW bestreken door regelgeving op het gebied van de medezeggenschap? In hoeverre beperken deze regels (invoering van) HNW? In de volgende paragrafen zal nader worden ingegaan op deze vragen, die vooral juridisch van aard zijn. Daarnaast kan HNW uiteraard gevolgen hebben voor het praktisch functioneren van medezeggenschapsorganen. Dit onderwerp komt nader aan de orde aan het slot van paragraaf 5.2.2.

5.2.2 JURIDISCH KADER

Nederlandse wet- en regelgeving

De belangrijkste relevante wetgeving op het terrein van medezeggenschap is de Wet op de ondernemingsraden (WOR). In een beperkt aantal sectoren geldt andere wetgeving. Dat is in de eerste plaats het primair en secundair onderwijs; daar geldt de Wet medezeggenschap op scholen¹⁰⁵. Voor het hoger onderwijs geldt de Wet op het Hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW), voor zover tenminste niet gekozen is voor de WOR. Voor defensie geldt het Besluit medezeggenschap defensie. De belangrijkste onderdelen van de WHW en genoemd Besluit zijn gemodelleerd naar de WOR; daarom zal in deze beschouwing verder alleen de WOR worden geanalyseerd. Voor de volledigheid dient gewezen te worden op de mogelijkheid om in CAO's afspraken te maken over HNW. Een analyse daarvan valt buiten het kader van deze studie. Voorzover van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt kan dit resulteren in een beperking van de medezeggenschapsrechten van ondernemingsraden, nu artikel 27 lid 3 WOR het primaat van afspraken bij de vakbonden legt.

Internationale regels

Het Europees juridisch kader wordt in de eerste plaats gevormd door de richtlijn Informatie en consultatie (Richtlijn 2002/14/EG, in werking getreden op 22 december 2004). Nu de WOR in vrijwel alle opzichten aanzienlijk uitstijgt boven de Europese minimumnormen voor informatie en consultatie, zijn daar geen problemen te verwachten.

Ook andere Europese richtlijnen bevatten bepalingen over medezeggenschap (collectief ontslag, faillissement, overgang van onderneming), maar zijn niet relevant voor HNW. Hetzelfde geldt voor de meer recente richtlijnen voor medezeggenschap bij de SE, de SCE, bij grensoverschrijdende fusie en het ontwerpstatuut voor de SPE.

Rechten en plichten met betrekking tot medezeggenschap

De consequenties van HNW voor het terrein dat door de Wet op de ondernemingsraden (WOR) wordt bestreken, lijken op het eerste gezicht beperkt. Het begrip ‘werkzaam’ in artikel 1 WOR omvat werknemers in de ruime betekenis van het woord. Van oudsher werd aan de status van werknemer een dubbele eis gesteld: het bestaan van een arbeidsovereenkomst en het feitelijk werkzaam zijn in de onderneming van de (rechts)persoon die die onderneming in stand houdt. In 1998 is door de wetgever de keus gemaakt in de eerste plaats aan te sluiten bij het formele werkgeverschap.

Uitzendkrachten kregen medezeggenschapsrechten bij de uitlener (en na een periode van 24 maanden ook bij de inlener). Voor HNW-werknemers staat dus buiten kijf dat de locatie waar zij hun werkzaamheden verrichten niet relevant is voor hun status als werknemer in de zin van de WOR; essentieel is dat zij een arbeidsovereenkomst hebben.

Indien HNW niet geleidelijk aan, maar in één keer op grote schaal wordt ingevoerd, is deze stap vrijwel zeker adviesplichting op grond van artikel 25 lid 1 onder e WOR (voorgenomen besluit tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming). Echter ook bij een meer geleidelijke invoering kan het adviesrecht van

¹⁰⁵ Wet van 30 november 2006 ...

toepassing zijn. Zoals bekend wordt een geschil met betrekking tot adviesplichtige besluiten marginaal getoetst. Indien het besluitvormingsproces voldoende zorgvuldig is geweest, heeft de ondernemer een ruime beleidsvrijheid.

In het kader van invoering van HNW zal in de regel nieuw beleid worden ontwikkeld op terreinen die in de hoofdstukken 3 en 4 zijn geanalyseerd (in het bijzonder arbeidstijden, arbeidsomstandigheden en registratie van werkzaamheden). Waar dit beleid algemene regels bevat die van toepassing zijn voor (verschillende) groepen werknemers zal in veel gevallen het instemmingsrecht van artikel 27 WOR toepassing zijn. Voorbeelden zijn regelingen op het gebied van werktijden, personeelsbeoordeling, belonings- en functiewaarderingssystemen, arbeidsomstandigheden, werkoverleg en personeelvolgsystemen.

Indien de ondernemingsraad zijn instemming weigert kan de ondernemer, na bemiddeling door de bedrijfscommissie, plaatsvervangende toestemming vragen aan de kantonrechter. De kantonrechter verleent de toestemming slechts wanneer de instemmingsweigering onredelijk is of wanneer het betreffende besluit wordt geleverd door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen. Instemmingsweigering door de ondernemingsraad doet vermoeden dat er ten aanzien van de betreffende materie weinig draagvlak is in de organisatie. Vanuit de werkgever bezien, kan de instemmingsweigering het lastig of onmogelijk maken bepaalde aspecten van HNW naar zijn eigen voorkeur in te richten. Dat gegeven kan echter niet worden beschouwd als een ‘harde’ juridische belemmering voor HNW, maar is veeleer een kenmerk dat inherent is aan medezeggenschap als zodanig.

Ook bepalingen over een rol voor de ondernemingsraad in andere wetten en regelingen (SER-fusiegedragsregels, WEOR, WRW, art. 7:665a, Wet melding collectief ontslag, overeenstemmingsrecht Arbeidstijdenwet, enkele bepalingen uit de Arbeidsomstandighedenwet, gelijke behandelings-wetgeving, Pensioenwet, structuurregeling, enquêterecht, Waz, medezeggenschap bij openbare biedingen, medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie, spreekrecht ondernemingsraden bij NV's) bevatten geen belemmeringen voor HNW.

Waar komen nieuwe HNW-praktijken op gespannen voet te staan met medezeggenschapsrecht?

HNW zal wel problemen kunnen meebrengen voor het *praktische functioneren* van ondernemingsraden. Zo wordt het lastiger om vergaderingen uit te schrijven (zie bijvoorbeeld art. 18) en moet worden nagedacht over een onderwerp als achterbanraadpleging. Ook het probleem van een voldoende vertegenwoordiging van nieuwe werkers verdient aandacht; het is nu al zo dat veel ondernemingsraden kampen met een gebrek aan kandidaten en onbezette zetels. Mogelijk dat een aanvulling van de aanbevelingen van de SER uit 1996 over bijzondere groepen werknemers (zoals ploegendienst- en deeltijdwerknemers) hier soelaas kan bieden.

Over het geheel genomen lijkt de WOR echter geen (belangrijke) beperkingen voor (invoering van) HNW te bevatten. De vraag wat, gelet op de internationale verplichtingen van Nederland, de marges voor aanpassing van het recht aan die praktijken zijn, behoeft in het licht van het voorgaande dan ook geen beantwoording.

Conclusie

Aan medezeggenschap is inherent dat het de beleidsvrijheid van de ondernemer/werkgever enigermate inperkt. De WOR kent aan de ondernemingsraad advies- en instemmingsrechten toe die ook betrekking (kunnen) hebben op (invoering van) het HNW. Er is echter geen sprake van absolute (juridische) belemmeringen voor 'Het Nieuwe Werken'.

6 Aansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade

Aan de zorgplicht van de werkgever met betrekking tot arbeidsomstandigheden en arbeidstijden is een juridische aansprakelijkheid gekoppeld voor de schade die kan optreden als het op die terreinen mis gaat. In dit hoofdstuk wordt nagegaan hoe de aansprakelijkheid is geregeld en welke consequenties ‘Het Nieuwe Werken’ heeft voor die regeling.

6.1 JURIDISCH KADER

In § 6.2. volgt een korte schets van het wettelijk kader van werkgeversaansprakelijkheid. Voor het internationaal kader wordt gemakshalve verwezen naar hoofdstuk 3.1.1. De voor dit onderzoek belangrijkste elementen van het wettelijk kader worden nader uitgewerkt in § 6.3. In § 6.4 wordt geanalyseerd in hoeverre de centrale elementen uit de desbetreffende regelgeving op gespannen voet staan met veranderingen in de werksituatie die voortvloeien uit ‘Het Nieuwe Werken’, in hoeverre zij door de bestaande regelgeving worden ondervangen of het wenselijk maken de bestaande regelgeving aan te passen.

Iedere werknemer heeft recht op bescherming van zijn veiligheid, gezondheid en waardigheid tijdens de arbeid. Dit is een grondrecht dat volgt uit diverse richtinggevende documenten, zoals het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, de ILO-verklaring over de fundamentele rechten tijdens het werk, en het Europees Sociaal Handvest. Belangrijke onderwerpen zijn in dit verband veilige en gezonde arbeidsomstandigheden, beperking van de maximumarbeidsduur en voldoende rust.¹⁰⁶

De aansprakelijkheid van werkgevers is op diverse plaatsen in de wet geregeld. De belangrijkste bepaling is waarschijnlijk de zorgplicht van artikel 7:658 BW. Daarnaast zijn het beginsel van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW), de aansprakelijkheid van de werknemer voor schade aan de werkgever of derden (artikel 7:661 BW) en het verhaalsrecht van de werkgever ex artikel 6:107a BW van belang.

De zorgplicht zoals die is verwoord in artikel 7:658 BW is algemeen van aard. Deze zorgplicht is geen risico-, maar een schuldaansprakelijkheid. In de jurisprudentie is de norm van artikel 7:658 BW verder uitgewerkt. De zorgplicht uit artikel 7:658 BW ziet op:

¹⁰⁶ J.R. Popma (red), R.O.B. Poort, E.J.A. Fransen, R.H. van het Kaar, J.H. Kwantes, *Het recht op veilige, gezonde en waardige arbeid*, 2008.

1. de inrichting en onderhoud van de lokalen, de werktuigen en gereedschappen, waarmee de werknemer zijn werkzaamheden verricht, op de werkplek alsmede de werkomgeving.
2. de instructie die de werkgever aan de werknemer dient te geven bij de gebruikmaking van lokalen, werktuigen en gereedschappen.
3. de verplichtingen die de werkgever heeft krachtens de arbeidsomstandighedenwet en andere publiekrechtelijke regelingen terzake van arbeidsomstandigheden.
4. de verplichting van de werkgever om zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden (fysieke en psychische) schade leidt.¹⁰⁷

De in artikel 7:658 lid 1 BW bedoelde zorgplicht van de werkgever geldt in de eerste plaats ten aanzien van de werkzaamheden die worden verricht op de in artikel 1 lid 3, aanhef en onder g, Arbeidsomstandighedenwet - ruim - omschreven "arbeidsplaats", dat wil zeggen iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt. De zorgplicht van de werkgever houdt immers nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid de werknemer aanwijzingen te geven terzake van de (wijze van) uitoefening van zijn werkzaamheden.¹⁰⁸ Maar ook indien de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden op plaatsen komt die (bijvoorbeeld omdat de werkgever ter plaatse geen enkele zeggenschap heeft ten aanzien van de gesteldheid, de inrichting, het gebruik door anderen en de veiligheid) niet als "arbeidsplaats" in de hiervoor genoemde zin kunnen worden aangemerkt, zoals de openbare weg in het geval van deelneming aan het verkeer, kan de zorgplicht van artikel 7:658 BW meebrengen dat de werkgever ten aanzien van de uitoefening van de werkzaamheden op deze plekken maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt.

De zorgplicht ex artikel 7:658 BW strekt zich behalve tot lokalen, werktuigen en gereedschappen ook uit tot het gebruik van grondstoffen en hulpstoffen¹⁰⁹. Ook onder de zorgplicht vallen pijpleidingen, bedradingen etc.¹¹⁰. Het begrip "lokalen" is in verband met de zorgplicht van artikel 7:658 BW in de loop der tijd verruimd. De Hoge Raad overwoog in 1993 (Power/Andross):¹¹¹

"(...) Het strookt met de strekking van genoemde wetsbepaling om aan te nemen dat daarin aan de werkgever opgelegde zorgverplichtingen voor de veiligheid van zijn werknemers zich in een situatie als de onderhavige niet beperken tot specifieke, in verband met de aard van de daar verrichte arbeid op de veiligheid op de werkplek toegesneden verplichtingen, maar daarenboven in beginsel mede betrekking hebben op het gehele bouwterrein, ook voor zover daarop door derden werkzaamheden worden verricht. (...)"

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt als uitgangspunt dat op de voet van art. 7:658 BW op de werkgever ook een zorgplicht kan rusten ten opzichte van de

¹⁰⁷ Deze verplichting hangt nauw samen met artikel 3 Arbowet. Artikel 1, lid 3 sub e Arbowet definieert het begrip psychosociale arbeidsbelasting als: "de factoren direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen".

¹⁰⁸ HR 22 januari 1999, nr. C97/179, NJ 1999, 534; HR 9 augustus 2002, nr. C00/234, NJ 2004, 235; HR 30 november 2007, nr. C06/171, RvdW 2007, 1030.

¹⁰⁹ Kamerstukken II, 23 438, MvA.

¹¹⁰ HR 29 april 1983, NJ 1984, 19; De Vries en ZN/Kuijt, en HR 10 juni 1983 (Berisa / Koninklijke Textielfabrieken).

¹¹¹ HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power / Andross)

werknemer voor zover deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden op plaatsen komt die niet kunnen worden aangemerkt als “arbeidsplaats” in de zin van art. 1 lid 3, aanhef en onder g, Arbeidsomstandighedenwet, bijvoorbeeld omdat de werkgever ter plaatse geen enkele zeggenschap heeft ten aanzien van de gesteldheid, de inrichting, het gebruik door anderen en de veiligheid.¹¹² Zelfs een onbemand tankstation kan gelden als “arbeidsplaats” in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet.¹¹³ De zorgplicht van de werkgever reikt bijvoorbeeld niet zo ver dat die zich uitstrekt over de weg waarop een werkneemster fietst op weg naar haar werk, zeker niet als deze weg (fietspad) een openbare weg is, hoewel dit pad uitsluitend leidt tot het terrein van de werkgever en deze laatste het ook bladvrij houdt.¹¹⁴

Dit is anders wanneer het gaat om de verbindingswegen op de arbeidsplaats zelf. De werkgever dient namelijk op grond van de arbeidsomstandighedenwetgeving ervoor te zorgen dat verbindingswegen op de arbeidsplaats - dat zijn de routes waarlangs werknemers zich verplaatsen tijdens het werk - zodanig zijn gelegen en ingericht dat zij veilig door voetgangers en voertuigen of transportmiddelen kunnen worden gebruikt. Indien de werkgever tekort schiet in de zorgplicht op dit punt, zal tot aansprakelijkheid ingevolge artikel 7:658 BW leiden.¹¹⁵

De publiekrechtelijke zorgplicht volgt uit artikel 3 lid 1 Arbowet¹¹⁶. Op de werkgever rust krachtens deze wet een algemene beleidsverplichting die in eerste instantie ziet op *voorkoming* van gevaren en risico’s voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer. Bescherming van werknemers tegen eventuele risico’s kan stapsgewijs¹¹⁷ als volgt worden weergegeven:

1. De werkgever organiseert de arbeid zodanig dat van de arbeid geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer;
2. Gevaren en risico’s worden zoveel mogelijk bij de bron aangepakt;
3. Collectieve maatregelen worden getroffen, dit zijn doeltreffende maatregelen die gericht zijn op de bescherming van groepen;
4. De werkgever biedt de werknemer individuele bescherming, de werknemer wordt beschermd door persoonlijke beschermingsmiddelen als adembescherming, gehoorbeschermers en valhelmen.

Zoals in hoofdstuk 3.2 werd opgemerkt kent de Arbowet al een ruime definitie van arbeidsplaatsen en arbeidsmiddelen.¹¹⁸ In hoofdstuk 3.2 werd geconcludeerd dat als gevolg van het woord “iedere” in de definitie van arbeidsplaats uit artikel 1, lid 3 sub g Arbowet: “(...) iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt (...)”, tevens atypische werkplekken onder de reikwijdte

¹¹² Zie HR 12 december 2008, nr. C07/121, *LJN* BD3129 en HR 20 februari 2009, *JAR* 2009/76, *LJN* BF0003

¹¹³ HR 20 februari 2009, *JAR* 2009/76, *LJN* BF0003.

¹¹⁴ HR 16 november 2001, *LJN* AD5483, *NJ* 2002, 71, *JAR* 2001/260 (*Quant/Stichting Volkshogeschool Bergen*).

¹¹⁵ Art. 3.14 Arbeidsomstandighedenbesluit, zie HR 6 juni 2008, nr. C07/088, *NJ* 2008, 326, rov. 3.4.2; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332 r.o. 3.6.3 – 3.6.5.

¹¹⁶ De werkgever zorgt voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten en voert daartoe een beleid dat is gericht op zo goed mogelijke arbeidsomstandigheden.

¹¹⁷ Deze beschermingsniveaus worden gezamenlijk de arbeidshygiënische strategie genoemd.

¹¹⁸ Art. 1 Arbowet.

vallen. Onder arbeidsmiddelen wordt op grond van artikel 1, lid 3 sub h Arbowet verstaan: “alle op de arbeidsplaats gebruikte machines, installaties, apparaten en gereedschappen.”

In hoofdstuk 3.2 werd verder duidelijk dat in artikel 3 Arbowet uitdrukkelijk wordt gewezen op de voorkoming dan wel beperking van psychosociale arbeidsbelasting (waaronder overmatige werkdruk). Artikel 1, lid 3 sub e Arbowet bepaalt dat onder het begrip psychosociale arbeidsbelasting wordt verstaan: “de factoren direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen”. De algemene verplichting die voortvloeit uit de Arbowet¹¹⁹ tot het vermijden van monotone en tempo-gebonden arbeid of beperking van psychosociale arbeidsbelasting geldt voor werknemers die op atypische locaties werken maar ook voor werknemers in het eigen bedrijf.¹²⁰ De regelgeving schrijft niet voor hoe psychosociale arbeidsbelasting voorkomen dient te worden. In hoofdstuk 3.2 werd geconcludeerd dat dit een kwestie van maatwerk is, waarvoor ook in de situatie van HNW beleid op zal moeten worden gemaakt in overleg met de werknemers.¹²¹ In concreto verplicht de publiekrechtelijke zorgplicht het uitvoeren van een risico-inventarisatie en -evaluatie (“RI&E”).¹²² De uitkomsten worden schriftelijk vastgelegd en dienen tevens een beschrijving van de gevaren, van de risico-beperkende maatregelen en van de risico’s voor bijzondere categorieën van werknemers te bevatten. De werkgever kan niet volstaan met het maken van de inventarisatie en evaluatie, maar dient tevens een plan van aanpak op te stellen. In verband met HNW is in hoofdstuk 3.2 opgemerkt dat de RI&E-verplichting zich in essentie uitstrekt tot alle met de arbeid verbonden aspecten. Ook het Europese Hof van Justitie overwoog dat de RI&E-verplichting behelst een: “algemene verplichting om alle risico's voor de veiligheid en de gezondheid van werknemers te evalueren”.¹²³ Dat betekent dat het ‘HNW en de daaraan verbonden risico’s expliciet aan orde zal moeten komen in de risico-inventarisatie en -evaluatie.

De ratio van de aansprakelijkheid van artikel 7:658 BW is dat de werkgever bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken.¹²⁴ Hoewel de civielrechtelijke zorgplicht van de werkgever ruim dient te worden uitgelegd, vloeit uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad voort dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg beoogt te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen.¹²⁵

Welke verplichting in een concrete situatie op de werkgever rust, hangt af van de omstandigheden van het geval. De ruime hoeveelheid jurisprudentie en publiek-

¹¹⁹ Zie hoofdstuk 3.2.

¹²⁰ Vgl. ook de bepalingen in het Arbobesluit die gaan over psychosociale arbeidsbelasting (art. 2.15 Arbobesluit), die blijken art. 2.45 Arbobesluit tevens van toepassing zijn op thuiswerkers. Deze laatste bepaling houdt in dat als het risico bestaat dat werknemers aan deze vorm van arbeidsbelasting (kunnen) worden blootgesteld de risico’s hiervan beoordeeld moeten worden in de RI&E en de maatregelen ter voorkoming of beperking daarvan moeten worden opgenomen in het plan van aanpak. Tevens dient de werkgever aan de werknemers die het gevaar lopen om aan psychosociale arbeidsbelasting blootgesteld te worden, voorlichting en onderricht te geven, gericht op voorkoming of beperking van die belasting.

¹²¹ Art. 12 Arbowet.

¹²² Art. 5 Arbowet.

¹²³ HvJ EG, C-49/00 (*Europese Commissie/Italië*).

¹²⁴ E. Verhulp 2010, (I&C Arbeidsrecht), art. 7:658 BW, aant.2.

¹²⁵ E. Verhulp 2010, (I&C Arbeidsrecht), art. 7:658 BW, aant.2.

rechtelijke regelgeving op het gebied van de zorgplicht bieden hierbij aanknopingspunten. Dit geldt in het bijzonder voor het Kelderluik-arrest, waarin de Hoge Raad overwogen heeft onder welke omstandigheden een (verscherpte) zorgplicht van de kant van de werkgever kan worden verlangd.¹²⁶ Wanneer deze omstandigheden op de werkgeversaansprakelijkheid worden toegespitst, zijn relevante omstandigheden daarbij in elk geval de aard van de werkzaamheden, de mate van bezwaarlijkheid van het treffen van maatregelen en de van de werknemer, mede gelet op diens (werk-)ervaring, te verwachten (on)oplettendheid. In het bijzonder geldt dat naar mate een arbeidssituatie gevaarlijker is, bijvoorbeeld doordat de werknemer wordt blootgesteld aan een gevaarlijk werktuig, meer van de werkgever in het kader van diens zorgplicht wordt gevergd.¹²⁷ Van belang is ook de mate van waarschijnlijkheid dat de werknemer niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid in acht zal nemen, de kans dat daardoor letsel ontstaat, de ernst van het letsel en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.¹²⁸

Bij de invulling van de privaatrechtelijke zorgplicht zijn ook publiekrechtelijke voorschriften met betrekking tot arbeidsomstandigheden van belang. Over de verhouding tussen de zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW en de arbeidsomstandighedenregelgeving oordeelde de HR in het arrest Maatzorg/Van der Graaf:¹²⁹ “(...) *Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever in de gegeven omstandigheden aan deze zorgplicht heeft voldaan, geldt als uitgangspunt dat de omvang van deze zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevergd wordt. De wetgever heeft immers voor ogen gestaan dat er materieel geen onderscheid bestaat tussen enerzijds de zorgplicht van de werkgever die in artikel 3 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet is omschreven als de zorg ‘voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten’ – welke omschrijving aansluit bij artikel 5 lid 1 van de Kaderrichtlijn Veiligheid en Gezondheid, 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 – en anderzijds de civielrechtelijke zorgplicht (zie de memorie van toelichting bij de Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet en enige andere wetten in verband met het vergroten van de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor het arbeidsomstandighedenbeleid, Stb. 2006, 673, Kamerstukken II 2005/2006, 30 552, nr. 3, p. 30).* (...)”

Lindenbergh schrijft over de verhouding tussen zorgplicht en arbeidsomstandighedenregelgeving onder meer:¹³⁰ “(...) *De regels die het oog hebben op de arbeidsomstandigheden zijn evenwel niet steeds heel concreet, hetgeen in de praktijk aanleiding geeft tot een genuanceerde benadering ten aanzien van hun betekenis voor de aansprakelijkheid van de werkgever. (...) Uit de*

¹²⁶ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, LJN AB7079: “dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt; dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootte van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen”.

¹²⁷ Vgl. HR 11 november 2005, NJ 2008, 460, LJN AU3313 (*Bayar/Wijnen*), HR 20 januari 2006, NJ 2008, 461, LJN AT6013 (*cementpomp*).

¹²⁸ Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, p.81 – 85.

¹²⁹ HR 12 december 2008, LJN BD3129, NJ 2009, 332 r.o.v. 3.5.2.

¹³⁰ .D. Lindenbergh, *Arbidsongevallen en beroepsziekten*, 2009 nr. 25.2.

rechtspraak blijkt een genuanceerde benadering. Enerzijds kan het zo zijn dat het niet naleven van een geschreven regel niet tot aansprakelijkheid leidt, omdat de regel zelf niet de strekking heeft de veiligheid van de werknemer te waarborgen. Anderzijds betekent naleving van geschreven regels inzake arbeidsomstandigheden niet zonder meer dat de werkgever van aansprakelijkheid is gevrijvaard. Wanneer bepaalde publiekrechtelijke regels die betrekking hebben op de arbeidsomstandigheden niet zijn nageleefd, betekent dat niet zonder meer dat sprake is van een schending van de zorgplicht in de zin van artikel 7:658 BW. De strekking van de regelgeving waarop in het concrete geval een beroep wordt gedaan is daartoe telkens beslissend. (...) De zorgplicht is anderzijds niet beperkt tot het naleven van de publiekrechtelijke regelgeving. Veelal wordt aangenomen dat de publiekrechtelijke normen een minimumniveau aan veiligheid beogen te bieden, hetgeen betekent dat de werkgever op grond van artikel 7:658 lid 1 BW gehouden kan zijn tot verdergaande maatregelen dan waartoe de arbeidsomstandighedenwetgeving verplicht. (...) In veel gevallen zal het bestaan en de schending van regels met betrekking tot de arbeidsomstandighedenwetgeving niettemin tevens van betekenis zijn voor de vraag of de werkgever zijn zorgplicht uit artikel 7:658 lid 1 BW heeft geschonden. (...) Zeker wanneer een concrete norm terzake van arbeidsomstandigheden niet is nageleefd, zal de werkgever niet eenvoudig aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen door te stellen dat de werknemer zelf maar beter had moeten opletten. (...)”

Het niet naleven van bepaalde publiekrechtelijke regels met betrekking tot arbeidsomstandigheden betekent niet dat meteen sprake is van schending van de zorgplicht op grond van artikel 7:658 BW. Het ontbreken van een risico-inventarisatie en -evaluatie is bijvoorbeeld niet beslissend bij de beoordeling of de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht.¹³¹ Het hangt van de omstandigheden van het geval af of voorafgaand aan het ongeval een risico-inventarisatie had moeten worden verricht.¹³² Voor het aannemen van aansprakelijkheid is het niet naleven van publiekrechtelijke regelgeving één van de factoren die daarbij een rol speelt. Op grond van de privaatrechtelijke zorgplicht kan de werkgever verplicht zijn verdergaande maatregelen te nemen.

Artikel 7:658 BW formuleert de zorgplicht niet alleen als een verantwoordelijkheid om een veilige werkomgeving te bieden, maar ook als een opdracht aan de werkgever om datgene te doen dat redelijkerwijs nodig is om schade te voorkomen. Dit laatste wordt ook wel de preventieplicht genoemd. Hoewel de werknemer op basis van het algemene overeenkomstenrecht (artikel 3:296 BW) wel nakoming van de zorgplicht kan vorderen, wordt in de praktijk zelden een beroep gedaan op de nakoming van de preventieplicht. Artikel 7:658 BW wordt vrijwel alleen ingeroepen als de schade reeds is geleden. Waar de publiekrechtelijke zorgplicht een belangrijke rol speelt in de preventie van schade, is de privaatrechtelijke zorgplicht vrijwel uitsluitend schadecompenserend van aard.¹³³

Op grond van 7:658 lid 4 BW strekt de zorgplicht van de werkgever zich niet alleen uit tot de werknemers waarmee hij een arbeidsovereenkomst heeft gesloten. Lid 4¹³⁴ werd op 1 januari 1999¹³⁵ toegevoegd aan artikel 7:658 BW. Lid 4 bepaalt dat “hij

¹³¹ Bij het voeren van het arbeidsomstandighedenbeleid dient de werkgever, op grond van art. 5 Arbowet, schriftelijk in een RI&E vast te leggen welke risico's de arbeid voor de werknemers met zich brengt. De RI&E dient tevens een plan van aanpak te bevatten.

¹³² HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176 (*Dusarduyn/ Du Puy*); Ktr. Utrecht 2 mei 2007, JAR 2007, 136 (*X/NS Reizigers*).

¹³³ S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17-18.

¹³⁵ Wet Flexibiliteit en zekerheid, *Stb.* 1998, 300.

die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid¹³⁶ laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk is voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt.”

Lid 4 ziet op uitzendkrachten, onderaannemers en vrijwilligers. Een werkgever mag niet snel aannemen dat derden zich in voldoende mate zullen bekommeren om de veiligheid van personeel dat bij die derden tewerk worden gesteld. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zou van de werkgever kunnen worden gevergd dat hij over de arbeidsomstandigheden duidelijke en concrete afspraken maakt met degene op wiens locatie de werkzaamheden worden uitgevoerd. Onder omstandigheden kan van de werkgever worden gevergd dat hij ter plaatse poolshoogte neemt.¹³⁷ Anderen die schade oplopen terwijl zij niet betrokken zijn bij de uitoefening van de desbetreffende werkzaamheden, maar wel de onderaannemer aansprakelijk kunnen stellen voor de geleden schade, zoals voorbijgangers en bezoekers, kunnen niet op grond van artikel 7:658 BW schadevergoeding vorderen. Voor hen staat slechts de weg van het algemene verbintenissenrecht open. Zij kunnen mogelijk op grond van een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) de onderaannemer aansprakelijk stellen.

Op grond van artikel 7:615 BW is artikel 7:658 BW niet van toepassing op ambtenaren. Artikel 7:611 BW is niet van toepassing op ambtenaren, alleen al niet omdat ambtenaren geen arbeidsovereenkomst sluiten als bedoeld in artikel 7:610 BW. Artikel 125 lid 1 sub g Ambtenarenwet bepaalt dat voor zover deze onderwerpen niet reeds bij of krachtens de wet zijn geregeld, voor rijksambtenaren, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voorschriften worden vastgesteld betreffende bescherming bij de arbeid. Bepalingen met betrekking tot de bescherming bij de arbeid voor ambtenaren zijn opgenomen in verschillende rechtspositieregelingen, zoals titel VI Algemeen Rijksambtenarenreglement (Bedrijfsgeneeskundige begeleiding, rechten en verplichtingen bij ziekte en arbeidsongeschiktheid). Een aan artikel 7:658 BW gelijke bepaling geldt voor ambtenaren niet. Artikelen 37 lid 4 en 38 lid 7, 38a ARAR en 7:5 CAR/WUO bepalen dat de ambtenaar bij beroepsincident, beroepsziekte of dienstongeval aanspraak kan maken op doorbetaling van het loon. Artikel 35 ARAR geeft een definitie van deze begrippen.¹³⁸ De Centrale Raad van Beroep heeft in 2000¹³⁹ de aansprakelijkheid van de overheidswerkgever voor de schade die de ambtenaar lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden gerelateerd aan de aansprakelijkheid van een gewone werkgever voor de gelijke schade van de werknemer.¹⁴⁰ De norm dat een overheidswerkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen is echter opgenomen in artikel 125ter van de Ambtenarenwet¹⁴¹, zodat ook een ambtenaar zich kan beroepen op het goed werkgeverschap.

¹³⁶ Ziet op werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten.

¹³⁷ AG Spier in zijn conclusie voor het arrest van HR 26 november 2010, *JAR* 2011/16, onder 3.33 – 3.35.

¹³⁸ E. Verhulp (red), R.M. Beltzer, B.B.B. Lanting, G.J. Mulder, J.Riphagen, L.C.J. Sprengers, *Inleiding Nederlands Ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, derde druk, pagina 128.

¹³⁹ CRvB 22 juni 2000, *TAR* 2000/112

¹⁴⁰ E. Verhulp (red), R.M. Beltzer, B.B.B. Lanting, G.J. Mulder, J.Riphagen, L.C.J. Sprengers, *Inleiding Nederlands Ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010, derde druk, p.128.

¹⁴¹ Artikel 125ter Ambtenarenwet: “Het bevoegd gezag en de ambtenaar zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed ambtenaar te gedragen.”

6.2 (WERKGEVERS)AANSPRAKELIJKHEID

De zorgplicht houdt nauw verband met de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en de bevoegdheid van de werkgever om aanwijzingen te geven terzake van de uitoefening van de werkzaamheden door de werknemer. Indien de norm van artikel 7:658 BW wordt geschonden, en aldus te kort schiet in zijn zorgplicht, is de werkgever (in beginsel) aansprakelijk voor het letsel dat de werknemer lijdt. De werkgever is niet aansprakelijk indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid door of van de werknemer.

De werknemer dient ex artikel 7:658 lid 2 BW te stellen en zonodig te bewijzen dat hij a) schade heeft geleden en b) dat deze schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden is ontstaan. Dit komt overeen met de hoofdregel van artikel 150 RV. Indien de werknemer aannemelijk maakt dat de schade gedurende werktijd door de arbeid is ontstaan, dan zal het – kort gezegd – aan de werkgever zijn om te bewijzen dat hij zijn zorgplicht niet heeft geschonden of dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De bewijslast voor het voldoen aan de zorgplicht ligt bij de werkgever. De redelijkheid en billijkheid kan echter met zich meebrengen dat de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht toch op de werknemer moet worden gelegd.¹⁴² De werknemer die ziek is geworden als gevolg van blootstelling aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, kan niet volstaan met het stellen en zonodig bewijzen dat hij gezondheidsschade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden.¹⁴³ De werknemer dient tevens te stellen en zonodig aannemelijk te maken dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten die door blootstelling kunnen zijn veroorzaakt en de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.¹⁴⁴ De enkele omstandigheid dat tijdens zijn werk mogelijk is blootgesteld aan dergelijke stoffen is daartoe niet voldoende.¹⁴⁵

Of sprake is van tijdens of door het werk opgelopen schade is bij ongevallen vaak wel duidelijk; de werknemer valt van de trap op kantoor, raakt bekneeld in een machine of verwondt zich aan een stuk gereedschap. Dat is lastiger als de werknemer stelt door het werk ziek te zijn geworden terwijl daarvoor geen duidelijke schadeveroorzakende gebeurtenis is aan te wijzen.¹⁴⁶ Dit is bijvoorbeeld het geval bij RSI of burn-out.

De werknemer die de werkgever aansprakelijk stelt wegens RSI-klachten, dient te stellen en zo nodig bewijzen dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden.¹⁴⁷ Het Hof Amsterdam overwoog in 2006 expliciet dat de werkgever ook een zorgplicht heeft ten aanzien van de thuiswerkplek van de werknemer. Het hof overwoog ten aanzien van de zorgplicht dat de werknemer bij de werkgever aan een niet-verstelbaar bureau heeft gewerkt, waar de

¹⁴² HR 29 juni 2001, *LJN* AB 2432, *NJ* 2001, 476, *JAR* 2001/141 *Industromontaza/Banfic*

¹⁴³ Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 130

¹⁴⁴ HR 17 november 2000, *NJ* 2000, 596, *LJN* aa8369 (*Unilever/Dikmans*)

¹⁴⁵ Bijvoorbeeld HR 26 november 2001, *NJ*, 597, *LJN* AA9966 (*Weststrate/De Schelde*); Hof Den Haag 21 januari 2005, *JAR* 2005/97, *LJN* AS8586 (*Köpke/Campen*)

¹⁴⁶ AG Spier, HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406, *JAR* 2005/155; (*De Bakker/Zee Electronics*), overweging 4.2

¹⁴⁷ HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406, *JAR* 2005/155; *De Bakker/Zee Electronics*

stoel niet goed kon worden aangeschoven. De werkplek waar de werknemer een gedeelte van de tijd werd gedetacheerd, voldeed niet aan de ergonomische maatstaven, evenmin als de thuiswerkplek. De werkgever diende daar naar het oordeel van het hof wel voor te zorgen, nu de werknemer van de werkgever voor dit thuiswerken een computer ter beschikking had gekregen en toestemming had om thuis te werken. Volgens het hof is ook niet komen vast te staan dat het thuiswerk van zo geringe omvang was dat van thuiswerken in de zin van de arboregelgeving geen sprake was. De werkgever was volgens het hof daarom aansprakelijk voor de schade die de werknemer als gevolg van RSI klachten heeft geleden¹⁴⁸. Uit het arrest ABN AMRO/Nieuwenhuys¹⁴⁹ blijkt dat de werkgever ook aansprakelijk kan worden gehouden door de werknemer die in de uitoefening van de werkzaamheden psychisch letsel oploopt.¹⁵⁰ Het Nederlands recht geeft onder meer de volgende aanknopingspunten:

- Artikel 3 Arbowet: de werkgever dient een zodanig arbeidsomstandighedenbeleid te voeren dat daarvan geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en gezondheid van de werknemer en hij dient de werkzaamheden zoveel mogelijk aan te passen aan de persoonlijke eigenschappen van de werknemer.
- Artikel 5 Arbowet: de werkgever is verplicht jaarlijks een risico inventarisatie in de onderneming uit te (laten) voeren. Uit de Memorie van Toelichting¹⁵¹ bij dit artikel volgt dat hieronder ook een onderzoek naar de bronnen en oorzaken voor psychosociale arbeidsbelasting valt.
- Artikel 8 Arbowet: De werkgever dient ervoor te zorgen dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de te verrichten werkzaamheden en de daaraan verbonden risico's alsmede over de maatregelen die erop zijn gericht deze risico's te beperken.
- De Arbeidstijdenwet: Er geldt een maximaal aantal uren dat een werknemer mag werken, rusttijden of de spreiding van uren.
- Verplichtingen die strekken tot bescherming van werknemers tegen psychisch letsel die zijn neergelegd in diverse cao's.

Met name (chronische) emotionele overbelasting, hoge werkdruk, hoog werktempo, pesten, agressie en geweld op de werkvloer (door collega's of door klanten) lijken aanzienlijk bij te dragen aan psychische schade.¹⁵² Een voorbeeld van arbeidsgerelateerde psychische schade als gevolg van een tekortkoming van de werkgever in diens zorgplicht is te vinden in de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 4 september 2002 waarbij een treinmachinist in de uitoefening van zijn functie negen suïcides had meegemaakt en weinig of geen adequate psychologische opvang van zijn werkgever ontving. Hij raakt zo getraumatiseerd dat hij zijn werk niet meer aankon.¹⁵³

Ingeval van psychische schade, zoals burn-out, zal het geen gemakkelijke opgave zijn voor een werknemer om causaal verband tussen het werk en de schade

¹⁴⁸ *JAR* 2007/65 Gerechtshof Amsterdam, 07 september 2006, 536/05, *LJN* AZ5431

¹⁴⁹ HR 11 maart 2006, *JAR* 2005/84, *LJN* AR6657

¹⁵⁰ zie ook HR 13 juli 2007, *RvdW* 2007, 689 (Hendriks Bouwbedrijf)

¹⁵¹ Vergaderjaar 2005 – 2006, Kamerstuk 30522 nr 3 Memorie van Toelichting

¹⁵² Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009 p. 100.

¹⁵³ Ktr Utrecht 4 september 2002, *JAR* 2002/220, *LJN* AE7348 (X/NS)

aan te tonen. Burn-out is, net als RSI, een multi-causale beroepsziekte. RSI klachten kunnen bijvoorbeeld ook zijn ontstaan als gevolg van veelvuldig privégebruik van de computer. Voor werknemers is het daarom vaak lastig te bewijzen dat hun ziekte door het werk is veroorzaakt. In de eerste plaats bestaat onduidelijkheid over wat de oorzaken van dergelijke ziekten kunnen zijn; ten tweede kan de oorzaak mede in het werk zijn gelegen maar ook geheel of gedeeltelijk in omstandigheden die tot de privésfeer van de werknemer worden gerekend, zoals persoonlijke aanleg of andere, niet-werkgerelateerde omstandigheden. De bewijlast brengt mee dat de werknemer in de eerste plaats aan de hand van onder meer medische gegevens het bestaan van de burn-out dient te bewijzen en het causaal verband aannemelijk dient te maken. Vervolgens dient de werkgever te bewijzen dat hij aan zijn zorgverplichting heeft voldaan, of dat hij door te voldoen aan zijn zorgverplichting de schade niet had kunnen voorkomen, of dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer.

Ook zal de werkgever kunnen aanvoeren en dan aannemelijk moeten maken dat de burn-out ook andere oorzaken kent (bijvoorbeeld voortvloeiende uit de privé sfeer), of de schade die de werknemer lijdt hem niet volledig dient te worden toegerekend wegens een bij de werknemer bestaande predispositie. Daarbij geldt dat indien een werknemer door een lichamelijke of geestelijke gevoeligheid eerder vatbaar is voor een burn-out, maar wel de omstandigheden op het werk resulteerden in de burn-out, de werkgever in beginsel aansprakelijk zal zijn.¹⁵⁴ De vraag in hoeverre de schade het gevolg is van het handelen van de werknemer zelf komt veelal aan de orde in een schadestaatprocedure.¹⁵⁵

In beginsel is de werkgever niet aansprakelijk voor gezondheidsrisico's die hij niet kent en ook niet behoeft te kennen. Uit de arbeidsomstandighedenwetgeving blijkt de verplichting van de werkgever om de arbeidsrisico's (waartoe psychische klachten behoren) te inventariseren en te evalueren. Dit geeft de werkgever de mogelijkheid bepaalde gevaren te kennen. Dit betekent niet dat in alle gevallen pas aan het kenbaarheidsvereiste is voldaan nadat de werknemer heeft laten weten overbelast te worden of om andere reden arbeidsongeschikt dreigt te worden. Illustratief is het arrest-Heijnen/AAG Beheer¹⁵⁶ waarin het Hof stelselmatig overwerk door de werknemer aannemelijk achtte nu uit de getuigenverklaringen en andere stukken bleek dat de werknemer in de periode van 1974 tot en met juni 1996 stelselmatig in de drukke periodes een aanzienlijk aantal overuren maakte. Ook is komen vast te staan dat de leidinggevende van de werknemer dit wist. Van de werkgever kon worden verwacht dat hij het initiatief had genomen tot een gesprek met deze werknemer over zijn werkbelasting. De werkgever heeft immers formeel toezicht op de gehele organisatie en alle werknemers. Dit geeft de werkgever gelegenheid om adequate maatregelen te treffen om de schade te voorkomen of te beperken, op straffe van aansprakelijkheid voor de schade die de werknemer bij het uitblijven van die maatregelen lijdt. Daarbij merkt het Hof op dat de werkgever een deugdelijk beleid ter voorkoming van klachten wegens stelselmatige overbelasting dient te hanteren. Nu de werkgever dit heeft nagelaten, is hij voor de schade

¹⁵⁴ E.M. Hoogeveen en P.J. Klein Gunnewiek, *ArbeidsRecht*, 17. De bewijslastverdeling bij een door de werknemer opgelopen burn-out. Reactie daarop en naschrift door: Van Veen, *ArbeidsRecht*, 2010/19

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld de r.o. 4.21 in het arrest van het Gerechtshof den Bosch, 9 november 2010, *JAR* 2011/41

¹⁵⁶ Hof Den Bosch, 25 augustus 2009, *JAR* 2009/286

van de werknemer volgens het hof aansprakelijk.¹⁵⁷ Volgens het Hof Den Bosch rust op de werkgever de taak te bewaken dat de werknemer niet meer wordt belast dan een 40-urige werkweek rechtvaardigt.¹⁵⁸ De werkdruk was in deze casus voor de werknemer te hoog. De werkgever was op de hoogte van de hoeveelheid aan taken.

Het hof legt de zorgplicht voor het bewaken van de werkdruk uitdrukkelijk bij de werkgever. Klagen door de werknemer is geen vereiste voor aansprakelijkheid, de werkgever heeft immers een eigen zorgplicht. Het hof overweegt ook dat als een werkgever weet of moet weten dat een werknemer meer werk heeft dan als normaal kan worden beschouwd, hij deze werklast dient te reduceren. Hieruit volgt dat indien een werknemer geregeld meer dan 40 uur werkt, de werkgever dient in te grijpen. Doet de werkgever dit niet, dan is hij ex artikel 7:658 BW aansprakelijk.¹⁵⁹ Een ander voorbeeld hoe met het kenbaarheidsvereiste in de jurisprudentie wordt omgegaan is het arrest van het Hof Den Bosch van 25 januari 2011.¹⁶⁰ De werknemer stelde dat de werkgever op de hoogte had moeten zijn van zijn stressklachten nu hij dit bij de Arbo-arts ter sprake had gebracht. De kantonrechter en later ook het hof was van oordeel dat de werkgever niet aansprakelijk was. Niet was vast komen te staan dat de werknemer zijn klachten zelf heeft gemeld bij zijn werkgever. Voorts had de werkgever ook niet zelf hoeven ingrijpen, omdat hij niet kon weten dat er sprake was van een risico. De stelling van de werknemer dat aan het kenbaarheidsvereiste was voldaan nu de werkgever via de bedrijfsarts kon beschikken over informatie waaruit bleek dat rekening moest worden gehouden met uitval gaat niet op. Deze vergaande toerekenbaarheid van wetenschap van de arbo-arts aan de werkgever kon niet worden aanvaard, nu er geen redenen waren om aan te nemen dat de bedrijfsarts zijn beroepsgeheim (artikel 7:457 BW) had mogen schenden en de werkgever had moeten informeren.

Huis-, tuin- en keukenongevallen

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW voor schade als gevolg van huis-, tuin, en keukenongevallen is van belang dat de werkgever zeggenschap heeft over de gevaarlijke situatie. Uit de jurisprudentie¹⁶¹ blijkt het bestendige beeld dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van ‘huis-tuin-en-keukenongevallen’ op de werkvloer meer nadruk wordt gelegd op de eigen kennis en verantwoordelijkheid van de werknemer.

De werkgever dient volgens vaste rechtspraak rekening te houden met het ervaringsfeit dat werknemers in en door het verrichten van hun dagelijkse werkzaamheden minder voorzichtig (kunnen) worden, hetzij door het routinematig zijn van hun werkzaamheden, hetzij door vermoeidheid als gevolg van hun (werk)omstandigheden en of de in verband met dat werk gemoeide reis(tijd), hetzij door andere oorzaken of een combinatie van oorzaken.¹⁶² Situaties die naar hun aard niet onveilig zijn, geven de werkgever geen verplichting (extra) maatregelen te treffen of aanwijzingen te geven.

¹⁵⁷ Hof Den Haag 18 januari 2008, *JAR* 1008/129, *LJN* BC7681 (Kunst Ecoservice/X) en Ktr. Heerlen 19 april 2006, *JAR* 2004/270, *LJN* AR4225 (Walraven/Steenfabriek Nuth)

¹⁵⁸ Hof Den Bosch, 9 november 2010, *JAR* 2011/41 (Voerman / Van Gansewinkel)

¹⁵⁹ Noot mr. M.S.A. Vegter bij het arrest van het Hof Den Bosch, 9 november 2010, *JAR* 2011/41 (Voerman / Van Gansewinkel)

¹⁶⁰ Hof Den Bosch, 25 januari 2011, *JAR* 2011/85

¹⁶¹ HR 2 maart 2007, *RAR* 2007, 61, HR 4 oktober 2004, *NJ* 2004, 175 (Broodmesarrest), HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176 (dakdekkersarrest), HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177 (Koffievlek arrest)

¹⁶² AG Spier in zijn conclusie voor het arrest van HR 26 november 2010, *JAR* 2001/16 onder 3.21

Hetzelfde geldt voor algemeen bekende gevaren of gevaren die noodzakelijk aan het verrichten van werkzaamheden zijn verbonden.¹⁶³ De werkgever kan wel op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk worden geacht indien de werkgever de gevaren gemakkelijk zou hebben kunnen wegnemen. Indien de werkgever na geconfronteerd te zijn met een ongeval, maatregelen treft om een tweede soortgelijk ongeval te voorkomen, zal dit niet direct betekenen dat in de oude situatie niet aan de zorgplicht is voldaan. Dat hangt af van de beoordeling waarom deze maatregelen niet al eerder van de werkgever konden worden gevegd. Ten aanzien van de zogenoemde huis- tuin- en keukenongevallen gaat het er dus niet om wat de werkgever had kunnen doen om die te voorkomen, maar wat de werkgever had moeten doen.¹⁶⁴ Dit zal niet anders zijn in de situatie waarin de werkplek een andere is dan de gebruikelijke werkplek waarover de werkgever directe zeggenschap heeft.

Werknemer en wachttijd

In de jurisprudentie is ook de situatie aan de orde gekomen dat een werknemer schade lijdt gedurende een wachttijd. Onder wachttijd wordt verstaan de tijd die de werknemer doorbrengt tussen twee diensten of werkzaamheden in. Wachttijd is geen actieve werktijd. De werknemer werkt immers gedurende deze tijd niet maar kan de tijd veelal ook niet privé doorbrengen. Een bekend voorbeeld is de stewardess die tussen twee vluchten op de luchthaven of in een nabij gelegen hotel dient te wachten.¹⁶⁵ Inmiddels lijkt de lijn te zijn dat indien de werknemer moet wachten op het terrein van de werkgever en in opdracht van de werkgever, dat er dan nog gesproken worden van een zorgplicht die nog onder artikel 7:658 BW valt, zelfs al gebeurt het ongeval niet tijdens de werkzaamheden.¹⁶⁶

Indien de werknemer moet wachten op een terrein dat buiten de directe invloed van de werkgever valt, dan is de werkgever slechts aansprakelijk indien er sprake is van een aanwijsbare tekortkoming. De Rechtbank Alkmaar¹⁶⁷ achtte Martinair in 2005 niet aansprakelijk voor de schade door een stewardess geleden, wegens een ongeval tijdens de wachttijd in het buitenland op grond van artikel 7:658 BW, omdat het nog maar de vraag was of het ongeval had plaatsgevonden 'in de uitoefening van de werkzaamheden'. In ieder geval stond vast dat geen sprake was van een zorgplichtschending ex artikel 7:658 BW, omdat de rechtbank van oordeel was dat van Martinair moeilijk verwacht kon worden dat zij haar werkneemster zou waarschuwen niet 's avonds over een wandelpad terug naar haar hotel te lopen. Wel was Martinair aansprakelijk op grond van artikel 7:611 BW. Martinair had de stewardess niet had gewaarschuwd voor mogelijke (financiële) risico's verbonden aan een verblijf in het buitenland en had de stewardess evenmin geadviseerd om een ongevallenverzekering af te sluiten. Martinair had zelf ook geen verzekering afgesloten die dekking bood voor het onderhavige risico.¹⁶⁸

¹⁶³ HR 8 februari 2008, *JAR* 2008/73

¹⁶⁴ Ktr Rotterdam, 6 oktober 2010, *JAR* 2010/305

¹⁶⁵ Rb. Alkmaar 25 januari 2006, *JAR* 2006/43.

¹⁶⁶ G.J.J. Heerma van Voss, Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht, *ArbeidsRecht* 2008 8/9, nr 40

¹⁶⁷ Rb. Alkmaar 25 januari 2006, *JAR* 2006/43

¹⁶⁸ T. van Nieuwstadt, Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in het schemergebied tussen werk en privé: licht aan het einde van de (verkeers)tunnel?, *ArbeidsRecht* 2008, 19.

In 2005 oordeelde de Hoge Raad ook dat de werkgever die werknemers uitzendt naar gevaarlijke oorden, zich zal moeten oriënteren op de risico's op de verblijfplaats en zal de werkgever passende maatregelen dienen te treffen die redelijkerwijs van hem kunnen worden verwacht. Hieronder wordt verstaan het geven van voldoende indringen-de waarschuwingen en het sluiten of vergoeden van een verzekering.¹⁶⁹ Indien de werkgever dit nalaat kan gesproken worden van een tekortkoming en zal aansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW kunnen worden aangenomen.

Werknemer, verkeer en verzekeringsplicht

Artikel 7:658 BW heeft betrekking op die gevallen waarin de werkgever zeggenschap heeft over de situatie. Het uitgangspunt is dat als een werknemer in de auto onderweg is, de werkgever daarover in principe feitelijk geen zeggenschap heeft.¹⁷⁰ Dit geldt vooral voor de situatie waarin de werknemer in de privé-auto onderweg is.¹⁷¹ Duidelijk is dat de aansprakelijkheid rondom verkeersongevallen door werknemers veelal wordt opgelost via artikel 7:611 BW en niet 7:658 BW. De werkgever heeft immers in de regel geen zeggenschap over de inrichting en daarmee samenhangende verkeersveiligheid van de openbare weg. Daarnaast kan een groot aantal andere factoren bijdragen aan het ontstaan van verkeersongevallen zonder dat de werkgever daarop door het treffen van maatregelen of het geven van aanwijzingen effectief invloed kan uitoefenen. Ten aanzien van verkeersongevallen met de privé-auto geldt dat de werknemer die schade lijdt bij de uitoefening van zijn werkzaamheden, als bedoeld in artikel 7:658 lid 2 BW, maar de werkgever aan zijn zorgplicht op grond van artikel 7:658 lid 1 BW heeft voldaan, de werkgever op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk kunnen stellen indien de werkgever heeft nagelaten zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering.¹⁷²

De werkgever is niet aansprakelijk op grond van 7:658 BW voor schade die is ontstaan tijdens *woon-werkverkeer* van de werknemer. Indien de situatie erg dicht tegen de uitoefening van de werkzaamheden aan ligt, zou de werkgever aansprakelijk kunnen zijn voor ontstane schade op grond van artikel 7:611 BW.¹⁷³ Interessant voor de situatie van HNW is een arrest van het Hof Den Haag van 26 januari 2007¹⁷⁴ waarin de werkgever aansprakelijk werd geacht op grond van artikel 7:611 BW voor de schade die de werknemer leed door een ongeval dat hem overkwam terwijl hij op weg naar huis was. Het hof oordeelde dat geen sprake was van “gewoon” woon-werkverkeer omdat de werknemer een deel van zijn werktijd thuis werkte en ook s'avonds, van huis op pad ging om op diverse plaatsen zakelijke besprekingen te voeren en klanten te bezoeken. Daarbij speelde mee dat de werknemer als verzekeringsadviseur hoofdzakelijk vanuit huis werkte en daarnaast van huis uit op pad ging om op diverse plaatsen zakelijke besprekingen te voeren en klanten te bezoeken. Op het kantoor van zijn werkgever kwam hij slechts enkele malen per jaar.¹⁷⁵ De Hoge Raad overwoog op

¹⁶⁹ HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100. (KLM / De Kuijer)

¹⁷⁰ G.J.J. Heerma van Voss, Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht, *ArbeidsRecht* 2008, 40.

¹⁷¹ HR 1 februari 2008, *LJN* BB4767, *JAR* 2008/56, *NJ* 2009, 331 (Maasman/Akzo)

¹⁷² vgl. onder meer Hoge Raad 1 februari 2008, *LJN* BB4767, *JAR* 2008/56, *NJ* 2009, 331 (Maasman / Akzo) en HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332.

¹⁷³ HR 9 augustus 2002, *JAR* 2002, 205 (De Bont / Oudenallen)

¹⁷⁴ Hof Den Haag, 26 januari 2007, *LJN* AZ8884

¹⁷⁵ Zie mr. dr. M.S.A. Vegter bij het arrest van het Hof Den Bosch van 9 september 2008, *JAR* 2008/316

30 november 2007¹⁷⁶ dat de werknemster die bij een klant was gedetacheerd en een ongeval kreeg op weg naar huis na een teambespreking in de avond de werkgever niet kon aanspreken omdat hier sprake was van gewoon woon-werkverkeer. Volgens de Hoge Raad was deze zaak anders dan de zaak van het Hof Den Haag van 26 januari 2007 omdat de werknemer niet was aangewezen om het vervoer te verrichten op de wijze, en met de bestemming als, door de werkgever gekozen. Het Hof Den Bosch oordeelde in 2008¹⁷⁷ dat geen aansprakelijkheid ex artikel 7:658 of 7:611 BW kon worden aangenomen in een situatie waarin een werknemer tussen twee zakelijke afspraken in met zijn echtgenote (privé) boodschappen ging doen en vervolgens een ongeval kreeg. Volgens het hof begaf de werknemer zich tussen de afspraken door expliciet in de privé sfeer.

Ook voor wat betreft *werk-werkverkeer* geldt dat de werkgever aansprakelijk is indien hij tekort schiet in zijn zorgplicht. Indien de werknemer in een bedrijfsauto rijdt, dan dient dat ervan dient te worden uitgegaan dat de werkgever het in zijn macht heeft om de auto in een veilige staat te houden. Zijn er bijvoorbeeld geen autogordels in de auto aanwezig en loopt de werknemer daardoor letsel op, dan is de werkgever daarvoor in beginsel ex artikel 7:658 BW aansprakelijk.¹⁷⁸

De Hoge Raad hanteert de toets van 7:611 BW bij de beoordeling van schade van de werknemer die de werknemer lijdt als hij gebruik maakt van zijn eigen auto. De Hoge Raad overweegt: “de aan het gemotoriseerde verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico’s van ongevallen hebben mettertijd geleid tot een goede verzekeraarbaarheid van deze risico’s tegen betaalbare premies. In het licht hiervan moet worden geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval.”¹⁷⁹ De verzekeringsplicht geldt tevens voor vervoer dat op één lijn te stellen is met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden. Voorbeelden hiervan zijn het vervoer in verband met het verplaatsen tussen verschillende arbeidsplaatsen/vestigingen van dezelfde werkgever en ‘woon-werkverkeer’ van een auto-ambulancebestuurder die opgeroepen werd voor een nooddienst vanaf huis vertrok.¹⁸⁰

Opgemerkt wordt dat de door de Hoge Raad erkende aansprakelijkheid van de werkgever voor de door een werknemer wegens een verkeersongeval geleden schade niet alleen geldt ten aanzien van gemotoriseerd verkeer.¹⁸¹ Ook wanneer de werknemer schade lijdt als gevolg van een ongeval doordat hij als fietser of voetganger in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan het verkeer deelneemt, dient de werkgever zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering.¹⁸² Ook wordt opgemerkt dat in 1997/1998 een wetsvoorstel is ingediend voor een nieuw in te voeren artikel 7:658a

¹⁷⁶ HR 30 november 2007, *JAR* 2008/14 (Knoppen/NCM)

¹⁷⁷ Hof Den Bosch, 9 september 2008, *JAR* 2008/316

¹⁷⁸ Hof den Bosch, 17 april 2007, *JAR* 2007/209

¹⁷⁹ HR 1 februari 2008, *JAR* 2008, 56 (*Maasman/Akzo Nobel*) en HR 1 februari 2008, *JAR* 2008, 57 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*)

¹⁸⁰ HR 19 december 2008, *JAR* 2009, 17 (*Gündogdu/Mulder Fastfood*); HR 19 december 2008, *JAR* 2009/18 (*Autoster Bergen/Hendriks*)

¹⁸¹ Gerechtshof ’s-Gravenhage d.d. 12 januari 2007, *LJN* AZ8858; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332

¹⁸² HR 12 december 2008, *JAR* 2009, 15 (*Maatzorg de Werven/van der Graaf*)

BW waarin in een motorvoertuig aan het verkeer deelnemende werknemers extra zouden worden beschermd. Dit wetsvoorstel is echter ingetrokken.

De omvang van de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW zal van geval tot geval moeten worden gezien. Alle omstandigheden zullen daarbij in de beoordeling moeten worden betrokken. In het bijzonder zal belang worden gehecht aan de bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij van belang is of een verzekering kan worden afgesloten tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd – en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (naar aard en omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering hoeft geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. De werkgever voldoet ook aan zijn zorgplicht als hij de werknemer in staat stelt zelf voor een verzekering zorg te dragen, mits aan de werknemer een vergoeding hiervoor wordt betaald en voldoende voorlichting /inlichtingen wordt gegeven over de te verzekeren risico's. In het bijzonder wanneer de werknemer voor de werkzaamheden gebruik maakt van een eigen auto kan aan de verplichting tot voldoende verzekering ook voldaan worden door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen.

Indien de werkgever tekort schiet in de verplichting zorg te dragen voor een adequate verzekering, dan is de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk voor zover de werknemer door die tekortkoming schade heeft geleden.¹⁸³ Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW gelden niet de bijzondere regels omtrent bewijslastverdeling van artikel 7:658 lid 2 BW.¹⁸⁴ Dat laat onverlet dat onder omstandigheden van de werkgever kan worden gevergd dat hij aangeeft waarom het onmogelijk of onnodig kostbaar was om zo'n dekking te verkrijgen, respectievelijk dat hij vergeefse pogingen daartoe heeft ondernomen.¹⁸⁵ In het verlengde hiervan is een uitspraak van het Hof Leeuwarden van 11 januari 2011 van belang.¹⁸⁶ De werknemer is werkzaam als sociotherapeut voor de werkgever. De werknemer loopt letsel op tijdens de werkzaamheden. Het hof overwoog dat de eisen van goed werkgeverschap kunnen meebrengen dat een behoorlijke verzekering wordt afgesloten voor de werknemer die bloot staat aan specifieke veiligheidsrisico's. De werkgever is volgens het hof alleen gehouden een dergelijke verzekering af te sluiten indien deze tegen redelijke voorwaarden wordt aangeboden door de verzekeraar.

Vervolgens is de vraag wanneer een verzekering behoorlijk of adequaat is. En geldt deze verzekeringsplicht enkel voor het gebruik van een auto door de werknemer? Of zal de verzekeringsplicht ook gelden voor andere situaties waarover de werkgever geen zeggenschap heeft, maar er wel (in meer of mindere mate) een verband bestaat met de uitvoering van de werkzaamheden?¹⁸⁷ Koopman stelde de vraag: “(..) of we niet moeten overgaan op een algehele verzekeringsplicht voor werkgerelateerde schade. (...)”.¹⁸⁸ Gelet op het voorgaande zal deze vraag beantwoord

¹⁸³ Gerechtshof 's-Gravenhage d.d. 12 januari 2007, *LJN* AZ8858, C05/1071

¹⁸⁴ HR 17 april 2009, *LJN* BH1996, *JAR* 2009,128

¹⁸⁵ AG Spier, in zijn conclusie voor HR 26 november 2010, *JAR* 2011, 16, onder punt 3.42.2

¹⁸⁶ Gerechtshof Leeuwarden, 11 januari 2011, *LJN* BP1174

¹⁸⁷ G.J.J. Heerma van Voss, Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht, *ArbeidsRecht* 2008, 40

¹⁸⁸ F.A. Koopman, Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW ook voor ongemotoriseerde verkeersongelukken: twee opmerkelijke stellingen in één arrest, *ArbeidsRecht* 2009. 8/9

moeten worden aan de hand van de mogelijkheden om een deugdelijke verzekering af te sluiten tegen redelijke voorwaarden.

6.3 HET NIEUWE WERKEN EN DE (WERKGEVERS)AANSPRAKELIJKHEID

Net als in de reguliere werksituatie - de werknemer werkt op het kantoor van de werkgever tijdens gebruikelijke kantooruren - is het mogelijk dat de werknemer die tijds- en/of plaatsongebonden werkt, schade oploopt bij de uitoefening van de werkzaamheden. Wat is er nu anders bij werken onder ‘HNW-condities’ en welke aanknopingspunten biedt de jurisprudentie?

Bij HNW zijn twee omstandigheden bij uitstek van belang:

1. de afgrenzing van ‘werktijd’ wordt diffuser en daarmee wordt het lastiger vast te stellen in hoeverre eventuele schade verband houdt met het verrichten van de bedongen werkzaamheden.
2. de zeggenschap van de werkgever over de condities waaronder de werknemer werkt, wordt beperkt doordat deze zich meer aan het gezichts- en invloedsveld van de werkgever onttrekken.

Hoewel het begrip “lokaal” ruim dient te worden uitgelegd¹⁸⁹ oordeelde de Hoge Raad¹⁹⁰ in 1999 dat de privésituatie van de werknemer ‘in de regel’ niet binnen de werkingsfeer van artikel 7:658 BW valt omdat het de werkgever in zo’n situatie aan de noodzakelijke zeggenschap en toezichthoudende bevoegdheid ontbreekt. Werk en privé zijn in deze gedachte gescheiden plaatsen en momenten op de dag. Dit zal anders zijn in het geval de werknemer de vrijheid heeft zelf zijn werkplek en werktijden te kiezen en de privésituatie, bijvoorbeeld de eigen woning, daarmee de werkplek wordt. De werkgever zal in deze situatie wel de voor de correcte uitoefening van de werkzaamheden noodzakelijke zeggenschap en toezichthoudende bevoegdheid hebben.¹⁹¹ Het gevolg daarvan is dat de werkplek in de privéwoning onder de werkingsfeer van artikel 7:658 BW valt. Dat de woning van de werknemer de werkplek kan worden, betekent niet dat alle activiteiten in de woning in werktijd worden uitgevoerd. Er zal nog altijd een onderscheid moeten kunnen gemaakt tussen werktijd en privétijd. De werkgever zal in dit kader controlemechanismen kunnen ontwikkelen, zoals het bekende kloksysteem of via registratie van online inloggen, om toezicht te kunnen houden op de aard van de door de werknemer te besteden tijd. Dit zal al eenvoudiger zijn indien werknemers met specifieke targets werken of in hun werk via een tijdschrijfsysteem werken.

Ook al heeft de werkgever geen direct toezicht op de werkplek van de werknemer, dit doet niet af aan zijn bevoegdheid om aanwijzingen te geven of middelen te verstrekken om de werkplek veilig te maken.¹⁹² Een werkgever moeten blijven toezien op de gezondheid en veiligheid van de werknemer, ook al is de werknemer in vele

¹⁸⁹ HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power / Andross); HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663, LJN ZC3689; Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, p. 94; HR 20 februari 2009, JAR 2009/76, LJN BF0003

¹⁹⁰ HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534/44 (S / Reclassering)

¹⁹¹ Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p.97; Hartlief 2002a, p. 96

¹⁹² Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgever, 2009, p.97; Hartlief 2002a, p. 97

gevallen onttrokken aan het directe toezicht van de werkgever. Dit geldt te meer omdat woningen niet ontworpen zijn om arbeid in te (laten verrichten)¹⁹³ Een gevolg hiervan zal zijn dat de werkgever verplicht is om zich voldoende te oriënteren op de risico’s op de thuiswerkplek of andere werkplek, en verplicht passende maatregelen dient te treffen om een “veilige” werkomgeving te waarborgen. Mogelijk kan de RI&E zoals genoemd in paragraaf 3.2 en in paragraaf 6.2 uitkomst bieden nu bepleitbaar is dat het onderwerp HNW en de daaraan verbonden risico’s expliciet aan orde zal moeten komen in de risico-inventarisatie en –evaluatie. Daarbij wordt opgemerkt dat de werkgever niet zal kunnen volstaan met een eenmalige of algemene instructie in de gebruiks- en veiligheidsvoorschriften. Naarmate de instructie meer expliciet is, frequent wordt herhaald en het toezicht op de naleving ervan scherper is, wordt de werkgever eerder geacht aan de instructie- en toezichtvereisten voldaan te hebben.¹⁹⁴

Op het gebied van de zogenoemde huis- tuin- en keukenongevallen kan ook zeer zeker worden geconcludeerd dat deze zelfde ongevallen op de thuiswerk- of andere werkplek kunnen plaatsvinden (de werknemer valt van de trap, struikelt over een laptopsnoer). Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van ‘huis-tuin-en-keukenongevallen’ wordt zoals hiervoor uiteen gezet meer nadruk gelegd op de eigen kennis en verantwoordelijkheid van de werknemer.¹⁹⁵

De werktijd is minder strak omljnd dan voorheen toen het overgrote deel van de werknemers op vaste kantoortijden werkte. Het valt te verwachten dat bestaande jurisprudentie al voor diverse situaties uitkomst kan bieden. In hoofdstuk 6.2 werd bijvoorbeeld al verwezen naar een arrest van het Hof Den Haag. Het hof oordeelde dat er onder omstandigheden in thuiswerksituaties sprake kan zijn van bijzonder woon-werkverkeer en de werkgever aansprakelijk kan zijn voor schade door de werknemer geleden wegens een ongeval tijdens dat verkeer. Tevens is een aanknopingspunt te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 30 november 2007¹⁹⁶ nu werd vastgesteld dat niet in alle thuiswerksituaties woon-werkverkeer aansprakelijkheid van de werkgever kan opleveren. Tot slot is in hoofdstuk 6.2 ingegaan op de uitspraak van het Hof Den Bosch in 2008¹⁹⁷ waarin geen aansprakelijkheid ex artikel 7:658 of 7:611 BW kon worden aangenomen in een situatie waarin een werknemer tussen twee zakelijke afspraken in met zijn echtgenote (privé) boodschappen ging doen en vervolgens een ongeval kreeg.

Op grond van de hiervoor genoemde rechtspraak mag worden aangenomen dat de werknemer die de eigen woning als vaste werkplek gebruikt en slechts zeer incidenteel op het kantoor van zijn werkgever hoeft te verschijnen/verschijnt, zelf zijn werktijden bepaalt en veelal ook in de avonden werkzaam is, zijn werkgever ex artikel 7:611 BW kan aanspreken in het geval dat hij van een zakelijke afspraak op weg naar huis (zijn werkplek) een ongeval krijgt. Aan de andere kan zal voor een werknemer die voor zijn werk onderweg is en van de gelegenheid gebruik maakt om ergens privé iets

¹⁹³ *Stb.* 1997, 60 p. 229

¹⁹⁴ Vgl. HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 271, *LJN* ZC1888; HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 143, *LJN* AZ5834, HR 27 april 2007, *NJ* 2008, 462, *LJN* AZ6717, HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93, *LJN* BB7423

¹⁹⁵ HR 2 maart 2007, *RAR* 2007, 61, HR 4 oktober 2004, *NJ* 2004, 175 (Broodmesarrest), HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176 (dakdekkersarrest), HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177 (Koffievlek arrest)

¹⁹⁶ HR 30 november 2007, *JAR* 2008/14 (Knoppen/NCM)

¹⁹⁷ Hof Den Bosch, 9 september 2008, *JAR* 2008/316

op te halen of weg te brengen en dan een ongeval overkomt, geen sprake zal zijn van werk-werkverkeer. Die werknemer begeeft zich op dat moment immers duidelijk in de privésfeer. Bepleitbaar is dat dit anders is als de werknemer tijdens een fietstocht zijn zakelijke mobiele telefoon aanneemt om een zakelijk gesprek te voeren en vervolgens een ongeluk krijgt (komt met de fiets ten val). Onder omstandigheden zal deze werknemer zijn werkgever aansprakelijk kunnen houden ex artikel 7:611 BW.¹⁹⁸ Van belang zijnde omstandigheden zullen zijn dat de mobiele telefoon door de werkgever is verstrekt, de werkgever de werknemer heeft opgedragen te allen tijde bereikbaar te zijn voor zakelijke telefoongesprekken (ook tijdens privé tijd) of de werknemer die instructie niet heeft gekregen maar wel de druk voelt om het zakelijke telefoontje aan te nemen.

De werkgever zal er verstandig aan doen zich te laten informeren over de mogelijk te verzekeren risico's. Voor schade ontstaan door verkeersongevallen geldt in elk geval een verzekeringsplicht voor de werkgever. De werknemer die een dergelijke schade lijdt bij de uitoefening van zijn werkzaamheden, zal de werkgever op grond van artikel 7:611 BW kunnen aanspreken voor zijn schade indien de werkgever heeft nagelaten te zorgen voor een behoorlijke verzekering.¹⁹⁹

Of van de werkgever in het kader van HNW mag worden verwacht dat ook schade aan andere zaken, die mede kunnen liggen in de privé sfeer, wordt gedekt via een verzekering, is maar de vraag. Uit de jurisprudentie is gebleken dat in het geval er sprake is van een werknemer die bloot wordt gesteld aan specifieke veiligheidsrisico's wel een dergelijke verzekeringsplicht geldt. In dit kader is verwezen naar het arrest van het Hof Leeuwarden van 11 januari 2011.²⁰⁰ Het Hof overwoog dat de eisen van goed werkgeverschap kunnen meebrengen dat een behoorlijke verzekering wordt afgesloten voor de werknemer die bloot staat aan specifieke veiligheidsrisico's. De werkgever is volgens het Hof alleen gehouden een dergelijke verzekering af te sluiten indien deze tegen redelijke voorwaarden wordt aangeboden door de verzekeraar. Dit zal evenzeer gelden voor de nieuwe risico's die zich kunnen voordoen door invoering van HNW, waarbij gedacht kan worden aan schade aan door de werknemer bij de uitoefening van de werkzaamheden thuis gebruikte apparatuur die zijn eigendom is. Of dergelijke schade thans al adequaat te verzekeren is, valt buiten het bestek van dit onderzoek.

Tevens is het gerechtvaardigd te stellen dat een werkgever ervoor zal moeten zorgen dat de werknemer die niet alleen plaatsongebonden maar ook tijdsongebonden werkt, wordt beschermd tegen letsel die kan ontstaan door overwerk, tegen belastend onregelmatige werktijden en tegen RSI. HNW brengt met zich dat de werkgever geen tot weinig direct toezicht heeft op de werknemer en de manier waarop hij zijn werkzaamheden organiseert. Er is nog geen jurisprudentie bekend die specifiek gaat over HNW en de beoordeling van aansprakelijkheid van de werkgever bij psychische schade of RSI. De rechtspraak biedt echter al diverse aanknopingspunten. Het Hof Amsterdam oordeelde in 2006 expliciet dat de werkgever ook een zorgplicht heeft ten aanzien van de thuiswerkplek van de werknemer. De werkgever was daarvoor volgens het hof verantwoordelijk, nu de de werkgever voor dit thuiswerken een computer ter beschikking had gesteld en toestemming had gegeven om thuis werk te verrichten. De

¹⁹⁸ HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332

¹⁹⁹ vgl. onder meer Hoge Raad 1 februari 2008, *LJN* BB4767, *NJ* 2009, 331 en Hoge Raad 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332.

²⁰⁰ Gerechtshof Leeuwarden, 11 januari 2011, *LJN* BP1174

werkgever was volgens het hof aansprakelijk voor de schade die de werknemer als gevolg van RSI klachten leed.²⁰¹ Op grond van de huidige wetgeving dient de werkgever zich ervan te vergewissen, voorzover redelijkerwijs van hem kan worden verwacht dat de werkplek van de werknemer thuis behoorlijk is ingericht. Er zijn voorbeelden uit de praktijk bekend dat een werknemer een foto van de thuiswerkplek bij de werkgever moet inleveren, zodat de werkgever kan controleren of deze voldoet aan de norm. Het toezicht van de werkgever op de thuiswerkplek grijpt mogelijk in op de privacy van de werknemer. De vraag is welke consequenties verbonden zullen zijn aan de weigering van een werknemer om de werkplek te laten controleren door of namens de werkgever. Op basis van de huidige wetgeving en jurisprudentie ligt het voor de hand de werkgever toe te staan consequenties aan het weigeren te verbinden. Een consequentie kan zijn dat de werkgever het thuiswerken voor deze werknemer niet toestaat. Indien de werkgever dit wel zou toelaten, dan neemt de werkgever het risico dat de werkplek niet in orde is en de werknemer niet op een veilige werkplek zijn werkzaamheden uitoefent. Bepleitbaar is dat de werkgever in dat geval tekortschiet in zijn zorgplicht. Tevens wordt verwezen naar hetgeen in hoofdstuk 2.3.1 en 2.3.2 is opgemerkt omtrent het instructierecht van de werkgever.²⁰² Aan de andere kant kunnen gevallen denkbaar zijn waarin de werknemer zelf verantwoordelijk is als gevolg van zijn weigering mee te werken aan controle van de werkplek. De vraag is wanneer de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Uit jurisprudentie²⁰³ valt af te leiden dat de werkgever niet kan volstaan met een eenmalige of algemene instructie in de gebruiks- en veiligheidsvoorschriften. Naarmate de instructie meer expliciet is, frequent wordt herhaald en het toezicht op de naleving ervan scherper is, wordt de werkgever eerder geacht aan de zorgplicht voldaan te hebben. Dit zal niet anders zijn bij de werknemer die veelal aan het directe toezicht is onttrokken. De werkgever doet er verstandig aan een beleid ter zake van de controle op de thuiswerkplek te ontwikkelen, in te voeren en consistent na te leven. Tevens dient de werkgever voldoende voorlichting over veilig (thuis-)werken aan te bieden.

Hoewel HNW de werknemer veel vrijheid biedt invulling te geven aan een werkdag, betekent dit niet dat de werkgever een deel van de verantwoordelijkheid voor “veilig werken” bij de werknemer kan neerleggen. Op basis van de huidige stand van wetgeving is het niet denkbaar dat een verschuiving in de verantwoordelijkheid voor het veilig werken zal plaatsvinden tenzij de werkgever aan zijn zorgverplichting heeft voldaan. In hoofdstuk 3.3 werd de vraag gesteld of in het geval van *vrijwillig* thuiswerken (of op andere locaties) de verantwoordelijkheden van de werkgever minder zwaar zijn. Geconcludeerd werd dat deze vraag ontkennend dient te worden beantwoord. Ook al komt het initiatief tot flexibel werken van de werknemer, dan nog zal op de werkgever de verplichting rusten te zorgen voor een gezonde en veilige werkplek. Weliswaar kan de werknemer zich de facto onttrekken aan het gezag van de werkgever, maar de iure zal sprake blijven van een arbeidsovereenkomst en daarmee van een zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW en artikel 3 Arbowet. Slechts indien duidelijk is dat de werknemer zich opzettelijk en bewust roekeloos niet heeft

²⁰¹ Gerechtshof Amsterdam, 07 september 2006, 536/05, LJN AZ5431, JAR 2007/65

²⁰² Nu het vaststellen van de werkplek veelal onder het instructierecht van de werkgever valt, zal de werknemer in beginsel geen aanspraak kunnen maken op thuiswerken of aanpassing van de arbeidstijden.

²⁰³ Vgl. HR 24 november 1995, NJ 1996, 271, LJN ZC1888; HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143, LJN AZ5834, HR 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717, HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93, LJN BB7423

gehouden aan de wettelijke normen en de voorschriften van de werkgever zal de werkgever er wellicht in slagen eventuele aansprakelijkheid te ontlopen. Die verantwoordelijkheid voor een veilige werkplek noch de aansprakelijkheid voor de schade die de werknemer lijdt als gevolg van een onveilige werkplek kunnen door een overeenkomst tussen werkgever en werknemer worden weggecontracteerd.

Het is wel een uitgemaakte zaak dat de werkgever zoveel als redelijkerwijs mogelijk is dient te voorkomen dat werknemers – bijvoorbeeld door werkdruk – gezondheidsproblemen oplopen. Zoals eerder in dit hoofdstuk is uiteengezet, vloeit uit jurisprudentie²⁰⁴ voort dat het voor aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die de werknemer lijdt niet noodzakelijk is dat de werknemer expliciet aan de bel heeft getrokken. Een werkgever is al in zijn zorgplicht tekortgeschoten indien het kenbaar was (of had kunnen zijn) dat de werknemer ziek kon worden en de werkgever geen maatregelen heeft getroffen om het ziek worden (zoveel als mogelijk is) te voorkomen.

Aansprakelijkheid kan niet aan de orde zijn als een werknemer buiten mede-weten van de werkgever allerlei taken naar zich toe trekt. In een normaal functionerend bedrijf zal er echter enig inzicht zijn in wat de verschillende werknemers doen, dus deze situatie zal zich vermoedelijk niet vaak voordoen.²⁰⁵ Aangenomen moet worden dat de werkgever voor voldoende evaluatie- of contactmomenten met de werknemer zal moeten zorgen teneinde te kunnen voldoen aan zijn zorgplicht. Tijdens deze gesprekken kan de werkgever onderwerpen als stress, werkdruk, werkplek, etc. bespreken. In dit kader is interessant om te wijzen op een arrest van het Hof Amsterdam uit 2008 waarin is overwogen dat indien een werkgever nalaat functioneringsgesprekken te voeren en aldus niet tijdig ingrijpt in de te hoge werkdruk van de werknemer, hiermee de op hem rustende zorgplicht schendt.²⁰⁶ Met welke frequentie deze gesprekken moeten plaats vinden zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder de specifieke persoonskenmerken van de werknemer.

Tot slot wordt nog gewezen op artikel 38a ARAR. Artikel 38a ARAR regelt dat de ambtenaar die schade lijdt door een dienstongeval of beroepsziekte, in tegenstelling tot een “gewone” arbeidsongeschiktheid ex artikel 37 ARAR, recht heeft op volledige loondoorbetaling. Dit artikel is speciaal opgenomen voor de ambtenaar die werkzaam is in een functie waarin hij aan risicovolle situaties kan worden blootgesteld.²⁰⁷ Te denken valt aan ambtenaren die werken bij een Sociale Dienst of een penitentiaire inrichting.

6.4 RUIMTE VOOR AANPASSING VAN HET RECHT

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de condities en de mogelijke consequenties van HNW op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid als zodanig in de wet niet specifiek zijn geregeld, maar dat diverse aspecten van deze manier van werken al wel in jurisprudentie vorm hebben gekregen. Duidelijk is dat de werkgever zijn

²⁰⁴ Hof Den Bosch, 25 augustus 2009, *JAR* 2009/286 en Hof Den Bosch, 9 november 2010, *JAR* 2011/41 (Voerman / Van Gansewinkel)

²⁰⁵ Noot mr. M.S.A. Vegter bij het arrest van het Hof Den Bosch, 9 november 2010, *JAR* 2011/41 (Voerman / Van Gansewinkel)

²⁰⁶ *LJN* BG3727, Hof Amsterdam 3 juli 2008

²⁰⁷ Nota van toelichting bij het Besluit tot wijziging van het ARAR, *Stb* 2005m 591

zorgplicht dient na te komen ten aanzien van alle werknemers, ook de werknemers die aan het directe gezichtsveld van de werkgever zijn onttrokken. Dat betekent dat de werkgever nog altijd toezicht heeft en moet houden op de werknemer die volgens HNW werkt. Het geven van instructies, voorlichting en het in contact blijven met de werknemer zal voor de werkgever in het kader van HNW van groot belang zijn om aan zijn zorgplicht te voldoen. Uit jurisprudentie²⁰⁸ valt af te leiden dat de werkgever niet kan volstaan met een eenmalige of algemene instructie in de gebruiks- en veiligheidsvoorschriften. Naarmate de instructie meer expliciet is, frequenter wordt herhaald en het toezicht op de naleving ervan scherper is, zal de werkgever eerder geacht worden aan zijn zorgplicht te hebben voldaan. De werkgever doet er verstandig aan een beleid op het gebied van HNW te ontwikkelen, in te voeren en consistent na te leven. Tevens dient de werkgever voldoende voorlichting aan de werknemers aan te bieden.

²⁰⁸ Vgl. HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 271, *LJN* ZC1888; HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 143, *LJN* AZ5834, HR 27 april 2007, *NJ* 2008, 462, *LJN* AZ6717, HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93, *LJN* BB7423