

# Werken vanuit huis: het juridisch kader

*ArbeidsRecht* 2019/28

**Thuiswerken is een steeds meer voorkomende variant van flexibel werken. In dit artikel wordt het juridisch kader rondom thuiswerken beschreven. Ingegaan wordt op het recht op thuiswerken, de arbo-verplichtingen van werkgevers in het kader van thuiswerken en mogelijke (en verplichte) kostenvergoedingen. Ook wordt stilgestaan bij de wijze waarop werkgevers thuiswerkend personeel kan monitoren, waarbij met name gelet wordt op privacyrechtelijke grenzen. Daarnaast komen medezeggenschapsrechtelijke aspecten van de implementatie van een thuiswerkregeling aan bod. Afgesloten wordt met een aanbeveling in het kader van (de inhoud van) een thuiswerkregeling.**

## 1. Introductie

In toenemende mate is sprake van flexibel werken.<sup>2</sup> Dit past bij de veranderende maatschappij, waarin werk- en privéleven meer en meer met elkaar vermengd raken en waarin de standaard vijfdaagse werkweek binnen vier kantoorwanden als norm verliest. Werknemers hechten meer belang aan een betere afstemming tussen werk en privé.

Deze flexibelere vormgeving van arbeid wordt sedert lange tijd Het Nieuwe Werken genoemd; een arbeidsvorm waarin werknemers, binnen de door de werkgever vastgestelde grenzen en met inachtneming van het arbeidsrecht zelf mogen bepalen wanneer, waar en hoe ze werken. Een onderdeel daarvan is werken vanuit huis, ook ingegeven door de grote verbeteringen in technologische voorzieningen van de laatste jaren.

In dit artikel zetten wij het juridisch kader voor thuiswerken uiteen.<sup>3</sup> Allereerst wordt ingegaan op het recht op thuiswerking: de toekenning en intrekking van thuiswerkdagen. Ook wordt besproken welke arbo-verplichtingen werkgever hebben bij thuiswerk, en in hoeverre het hen verplicht of toegestaan wordt (belastingvrij) de kosten voor thuiswerkvoorzieningen te vergoeding. Daarnaast bespreken wij de mogelijkheden van werkgevers tot monitoring van thuiswerkende werknemers, met name vanuit privacyrechtelijk perspectief. Ook komen medezeggenschapsrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de implementatie van een thuiswerkregeling aan bod. Afgesloten wordt met een

aanbeveling in het kader van de inhoud van een thuiswerkregeling.

## 2. Het recht op werken vanuit huis

### 2.1 Toekenning thuiswerkdagen

Bij de aanvang van de arbeidsovereenkomst kunnen afspraken worden gemaakt over werken vanuit huis. De mogelijkheid om vanuit huis te werken is echter geen gegeven recht voor werknemers.

In de op 1 januari 2016 in werking getreden Wet flexibel werken (hierna: Wfw) is de mogelijkheid voor de werkgever opgenomen te verzoekende overeengekomen arbeidsplaats aan te passen.<sup>4</sup> Deze mogelijkheid staat alleen open voor werknemers van werkgevers met tien of meer werknemers die op het moment van de gewenste ingangsdatum van deze aanpassing minstens zes maanden in dienst zijn.<sup>5</sup> Het verzoek dient, behoudens bijzondere omstandigheden die meer voortvarendheid vereisen, uiterlijk twee maanden voor de gewenste ingangsdatum te worden ingediend.<sup>6</sup> De werknemer hoeft het verzoek niet te motiveren; wel moet de werkgever het verzoek bespreken met de werknemer, waarbij het motief van de werknemer vaak aan bod zal komen. Wijst de werkgever het verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats af, dan moet ook dit worden besproken met de werknemer. Anders dan bij een verzoek om aanpassing van de arbeidstijd of de werktijd, die ook zijn geregeld in de Wet flexibel werken, hoeft voor afwijzing van een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats geen sprake te zijn van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. De wet bepaalt slechts dat de werkgever het verzoek dient te 'overwegen'. De reden voor dit verschil in toetsing is dat het voor werkgevers in de regel moeilijker wordt geacht om de arbeidsplaats aan te passen dan de arbeidsduur of de arbeidstijd. De werkgever heeft volgens de wetgever slechts een 'duty to consider'.<sup>7</sup> Een (gedeeltelijke) afwijzing dient schriftelijk te worden gemotiveerd.<sup>8</sup> Deze motivatie hoeft dus echter niet te zien op zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, maar kan algemene en brede gronden voor afwijzing bevatten.<sup>9</sup>

Een voorbeeld van een afwijzing betreft het verzoek van een ambtenaar van de Gemeente Amsterdam, die de gemeente verzocht haar één thuiswerkdag per week toe te kennen omdat ze last heeft van migraine en vermoeidheidsklachten. De gemeente heeft dit verzoek afgewezen

1 Mevr. mr. M. (Marieke) ten Broeke en mevr. mr. I. (Ilse) Baijens zijn advocaat bij Bronsgeest Deur Advocaten.

2 Volgens het CBS is het aantal werkenden dat gewoonlijk of incidenteel thuiswerkt in de periode van 2013 tot en met 2017 met ongeveer 3% gestegen. Zie [www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/12/vooral-vrouwen-zijn-meergaan-thuiswerken](http://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/12/vooral-vrouwen-zijn-meergaan-thuiswerken).

3 In dit artikel wordt met thuiswerken alleen werken vanuit huis als onderdeel van flexibel werken bedoeld, niet de thuiswerkende werknemer van wie de standplaats de eigen woning is.

4 Vgl. voor de definitie van overeengekomen arbeidsplaats Rb. Midden-Nederland 6 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4648.

5 De Wfw is ook van toepassing op publiekrechtelijke dienstbetrekkingen, zie art. 1 sub a Wfw.

6 Art. 2 Wfw.

7 *Kamerstukken II* 2010/11, 32889, 3, p. 4.

8 Art. 2 lid 8 Wfw.

9 Bij de totstandkoming van de Wfw werd dit door sommigen wel als "overbodige regelgeving" gezien. Vgl. *Kamerstukken I* 2014/15, 32889, B, p. 2.

omdat structureel thuiswerken niet past bij de aard van de werkzaamheden en ontwikkeling van de afdeling. Volgens de kantonrechter heeft de gemeente het verzoek terecht afgewezen. De klachten van werkneemster zijn niet zodanig zwaarwegend dat het belang van de gemeente hiervoor zou moeten wijken, aldus de kantonrechter. Bovendien blijkt uit de overgelegde medische stukken niet dat de huisarts of specialist van mening is dat het medisch noodzakelijk is dat de ambtenaar structureel een dag per week vanuit huis zou werken. Mocht dat wel het geval zijn, dan zou een traject via de bedrijfsarts bovendien de meest aangewezen route zijn.<sup>10</sup>

Werkgevers mogen de arbeidsovereenkomst van een werknemer niet beëindigen op grond van het feit dat de werknemer om thuiswerken heeft verzocht.<sup>11</sup> Hieronder valt ook het niet-verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst.<sup>12</sup> Als de werkgever een verzoek heeft afgewezen, mag de werknemer een jaar later opnieuw een verzoek indienen. In geval van bijzondere omstandigheden mag dit eerder.<sup>13</sup>

## 2.2 Intrekking thuiswerkdagen

Als de aanpassing van de arbeidsplaats is toegekend naar aanleiding van een verzoek op grond van de Wfw, kan de aanpassing slechts worden herzien indien sprake is van na de toekenning opgekomen zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.<sup>14</sup>

In sommige gevallen moet thuiswerken echter worden aangemerkt als arbeidsvoorwaarde, bijvoorbeeld indien thuiswerken is overeengekomen in de arbeidsovereenkomst. Ook kan thuiswerken door stelselmatige toepassing en verloop van tijd een arbeidsvoorwaarde zijn geworden. In dergelijke gevallen vindt wijziging of intrekking plaats aan de hand van art. 7:611 BW (goed werknemer- en werkgeverschap) of 7:613 BW (eenzijdig wijzigingsbeding). Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van het Hof Amsterdam, waarbij het ging om een werkgever die de met werknemer afgesproken thuiswerkdag tijdelijk had ingetrokken in het kader van een verbetertraject. Het hof oordeelde dat in dit geval sprake was van een verworven recht omdat werknemer al jaren op vrijdagen thuis mocht werken. Aangezien geen sprake was geweest van een verzoek op grond van de Wfw, toetste het hof de intrekking bij gebrek aan een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst aan de hand van art. 7:611 BW. Volgens het hof was sprake van een rechtsgeldige wijziging. Het achtte daarbij met name van belang dat de verbeterpunten van werknemer nu juist zagen op onder andere flexibiliteit en bereikbaarheid.<sup>15</sup>

## 3. Arbeidsomstandigheden en aansprakelijkheid voor schade van werknemer

### 3.1 Verlicht arbo-regime

Aanvankelijk was arbo-wetgeving onverkort van toepassing op thuiswerken. Door de opkomst van Het Nieuwe Werken is hierin verandering gekomen en is de arbo-wetgeving met ingang van 1 juli 2012 gewijzigd.<sup>16</sup>

Op grond van de huidige nieuwe wetgeving geldt nog immer de algemene norm: de werkgever draagt zorg voor en voert beleid dat is gericht op goede arbeidsomstandigheden. Thuiswerken valt in het kader van de arbo-wetgeving onder "plaatsonafhankelijke arbeid".<sup>17</sup> Voor thuiswerken en andere plaatsonafhankelijke arbeid geldt een verlicht arbo-regime.

Dit verlichte regime houdt in dat bepaalde arbo-verplichtingen niet van toepassing zijn.<sup>18</sup> Zo hoeft een werkgever niet te voldoen aan de concrete eisen van hoofdstuk 3 van het Arbobesluit, die zien op verplichtingen ten aanzien van onder andere brandgevaar, vluchtwegen en kleedruimtes, maar ook van de grootte van de werkruimte en de aanwezigheid van toiletten. Ook gelden voor thuiswerken en andere plaatsonafhankelijke arbeid bijzondere normen met betrekking tot werken met gevaarlijke stoffen; er mag slechts met bepaalde gevaarlijke stoffen worden gewerkt, waarvoor bovendien bijzondere eisen gelden met betrekking tot bijvoorbeeld verpakking en hoeveelheden.<sup>19</sup>

De introductie van het verlichte regime heeft werkgevers echter niet ontslagen van de verplichting zorg te dragen voor een ergonomisch ingerichte thuiswerkplek.<sup>20</sup> Concreet houdt dit in dat de werkgever erop moet toezien dat de thuiswerkplek ergonomisch is ingericht en als dit niet het geval is, dient de werkgever te zorgen voor de juiste arbeidsmiddelen zoals een ergonomische stoel of bureau.<sup>21</sup> Controle kan plaatsvinden door een bezichtiging van de werkgever of arbo-deskundige, maar in voorkomende gevallen kan ook worden gekozen voor controle door middel van foto- of filmmateriaal. De verplichting tot het zorg dragen voor een ergonomisch ingerichte werkplek geldt niet indien dit redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer slechts incidenteel voor korte tijd thuis wordt gewerkt.<sup>22</sup>

10 Rb. Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7998.

11 Art. 3 Wfw.

12 Kamerstukken II 1998/99, 26358, 5, p. 30-31.

13 Art. 2 lid 3 sub c Wfw.

14 Art. 2 lid 13 Wfw.

15 Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:317.

16 Specifieker vonden deze wijzigingen plaats naar aanleiding van het in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid door het Hugo Sinzheimer Instituut uitgebrachte rapport: R. Knegt e.a., 'Het Nieuwe Werken en de arbeidsrechtelijke regelgeving', Hugo Sinzheimer Instituut 2011.

17 Art. 1.43 Arbeidsomstandighedenbesluit.

18 De op thuiswerk en andere plaats onafhankelijke arbeid toepasselijke regels zijn terug te vinden in Afdeling 10 van het Arbeidsomstandighedenbesluit. Zie ook art. 9.2 Arbeidsomstandighedenbesluit.

19 Art. 1.46 Arbeidsomstandighedenbesluit.

20 Art. 5.4 jo. 1.47 lid 2 Arbeidsomstandighedenbesluit.

21 De werkgever moet indien nodig ook zorgen voor voldoende kunstlicht, zie art. 6.3 lid 2 jo. art. 1.48 Arbeidsomstandighedenbesluit.

22 Dit is in lijn met het ILO Verdrag betreffende huiswerk (ILO Verdrag 177), art. 1 sub b.

Ook dient de werkgever, binnen het algemene arbobeleid, beleid te voeren ten aanzien van het beperken van psychosociale arbeidsbelasting, waarmee onder andere wordt bedoeld op het beperken van werkdruk.<sup>23</sup> Werkgevers die werknemers structureel thuis laten werken doen er dus goed aan erop toe te zien dat de thuiswerkers bij gebrek aan gebruikelijk toezicht niet worden blootgesteld aan te hoge werkdruk. Over de wijze waarop dit kan worden bewerkstelligd wordt in hierna nog nader ingegaan.

### 3.2 Aansprakelijkheid

Wanneer de werkgever niet voldoet aan de arbo-normen, riskeert hij bestuursrechtelijke handhaving door de Inspectie SZW. Inspecteurs hebben de bevoegdheid om werkplekken te controleren en thuiswerkplekken zijn daarbij niet uitgesloten.

Art. 7:658 BW is ook van toepassing op thuiswerken. De werkgever riskeert dus ook civielrechtelijke consequenties bij overtreding van de arbo-verplichtingen en daarmee zijn zorgplicht. Een complicerende factor in tegenstelling tot schade ontstaan op de werkvloer, is dat bij thuiswerk soms moeilijker zal zijn vast te stellen of het gaat om schade die is ontstaan in het kader van de werkzaamheden.

In een zaak die speelde voor het Hof Amsterdam stelde een werkneemster haar werkgever aansprakelijk voor schade als gevolg van RSI, die zij had opgelopen door werkzaamheden thuis. Het hof oordeelde dat werkgever in dit geval niet aan zijn zorgplicht had voldaan, omdat werkgever niet had gezorgd voor een ergonomische werkplek. Werkneemster werkte namelijk niet aan een verstelbaar bureau; zij had in plaats daarvan een bureau gemaakt van een oude deur. Het hof oordeelde ook dat het geven van een behoorlijke instructie met betrekking tot de risico's van beeldschermwerk een belangrijk onderdeel van de zorgplicht van werkgever is en dit niet gebeurd was.<sup>24</sup> Op grond van deze uitspraak kan dus worden geconcludeerd dat werkgevers bij thuiswerk geen lichtere zorgplicht hebben. Sterker nog: de praktische invulling van de zorgplicht zal doorgaans moeilijker zijn dan op de werkvloer.

## 4. Kostenvergoedingen bij thuiswerken

### 4.1 Inrichting werkplek en andere noodzakelijke spullen

Kosten die een werkgever maakt in het kader van zijn Arbo-verplichtingen, komen niet voor rekening van de werknemer.<sup>25</sup> Dit geldt dus ook voor de kosten voor de ergonomische inrichting van de werkplek.

Vóór de invoering van de fiscale werkkostenregeling was het voor werkgevers mogelijk om eens in de vijf jaar een be-

lastingsvrije vergoeding toe te kennen van EUR 1.815 voor het inrichten van de thuiswerkplek. Thans geldt dat het verstrekken en vergoeden van Arbovoorzieningen (zoals een ergonomisch bureau) belastingvrij geschiedt.<sup>26</sup>

Naast de verplichte Arbovoorzieningen bestaat bij thuiswerk vaak ook behoefte aan bepaalde technische middelen, zoals een laptop of een mobiele telefoon met abonnement, een internetaansluiting, een printer en een tablet. Deze middelen kunnen onbelast ter beschikking worden gesteld, verstrekt of vergoed indien voldaan wordt aan het fiscale noodzakelijkheids criterium. Hieraan wordt voldaan indien (i) het middel noodzakelijk is voor een behoorlijke vervulling van de dienstbetrekking; (ii) de werkgever het middel betaalt en niet doorberekent aan de werknemer; en (iii) de werknemer de voorziening moet teruggeven of de restwaarde moet betalen als hij het niet meer nodig heeft voor de dienstbetrekking.<sup>27</sup>

### 4.2 Reiskosten

Werkgevers mogen de kosten voor woon-werkverkeer belastingvrij vergoeding tot een bedrag van EUR 0,19 per kilometer. Deze vergoeding kan ook worden toegepast op thuiswerkdagen, mits de werknemer ten minste 128 dagen per jaar naar zijn werkplek bij werkgever reist.<sup>28</sup> Dus ook al reist de werknemer op deze dagen niet van huis naar kantoor, er mag toch een vaste reiskostenvergoeding worden uitbetaald als ware de werknemer iedere dag op reis naar het werk.

### 4.3 Overige kosten

Consumpties op de werkplek en energie- en waterkosten kunnen in principe niet onbelast vergoed worden, tenzij sprake is van een zelfstandige werkruimte thuis. Dat wil zeggen: een afzonderlijk gedeelte van de woning met een eigen sanitaire voorziening. Ook kosten voor een vaste telefoonlijn kunnen niet onbelast worden vergoed. Wel is het mogelijk genoemde kosten onder te brengen in de fiscale ruimte van 1,2%. Deze vrije ruimte kan door de werkgever worden aangewend voor onbelaste vergoedingen, verstrekkingen en terbeschikkingstellingen.

## 5. Privacy & personeelscontrole van de thuiswerkende werknemer

### 5.1 Personeelscontrole

Als de werknemer thuis werkt, heeft de werkgever geen zicht op wat de werknemer precies doet. Hij kan slechts achteraf controleren of de afgesproken taken zijn afgerond. Dat is niet binnen elke functie en onder alle omstandigheden voldoende en een personeelscontrolesysteem kan daar-

23 Art. 3 lid 2 jo. art. 1 lid 3 sub e Arbeidsomstandighedenwet.

24 Hof Amsterdam 7 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5431. Zie hierover (en over meer) uitgebreider: A.G.J.J. Jansen, "Het nieuwe werken: aan het werk in plaats van naar het werk", *ArbeidsRecht* 2011/50.

25 Art. 44 Arbeidsomstandighedenwet.

26 Art. 31a lid 2 sub h Wet op de loonbelasting jo. art. 8.4a lid 1 sub a Uitvoeringsregeling loonbelasting 2011. Zie ook par. 20.1.9 van het Handboek Loonheffingen 2019 van de Belastingdienst.

27 Art. 31a lid 2 sub g Wet op de loonbelasting. Bestuurders en commissarissen zijn uitgesloten van deze regeling. Zie ook par. 20.1.7 van het Handboek Loonheffingen 2019 van de Belastingdienst.

28 Art. 31a lid 2 sub a Wet op de loonbelasting.

om een uitkomst bieden bij werknemers die geregeld vanuit huis werken.<sup>29</sup>

De wens om een thuiswerkende werknemer te kunnen controleren, kent ook een aspect van werknemersbescherming. Hiervoor werd toegelicht wat de verplichtingen van de werkgever zijn bij werken vanuit huis op grond van de Arbeidsomstandighedenwetgeving. Een controlesysteem kan in dat kader nodig zijn om naleving van deze verplichtingen te garanderen. Bovendien kan de verplichting op grond van de privacywetgeving, om passende maatregelen te nemen om de bescherming van persoonsgegevens (zoals die van klanten en contactpersonen) te waarborgen, met zich mee te brengen dat controle van de thuiswerkende werknemer noodzakelijk is.<sup>30</sup>

## 5.2 Manieren controle thuiswerkende werknemer

In de praktijk zien we dat er verschillende controlesystemen gebruikt worden. Volgens de European Data Protection Board (EDPB, voorheen Artikel-29 Werkgroep)<sup>31</sup> zijn de meest gebruikte controlesystemen ICT-software waarmee activiteiten op de laptop waar de werknemer thuis mee werkt, op afstand kunnen worden gecontroleerd.<sup>32</sup> Als voorbeeld noemt de Autoriteit Persoonsgegevens op haar website antivirussoftware, (filter)software voor controle op internet- en e-mailgebruik, software die aanwezigheid, tijd en toegang tot de digitale werkomgeving registreert en software ter voorkoming van fysieke klachten zoals RSI.<sup>33</sup> Laatstgenoemde software houdt in de gaten hoe lang een werknemer achter zijn scherm zit en blokkeert bijvoorbeeld de online werkomgeving als het tijd is dat de werknemer een blokje om gaat.<sup>34</sup>

## 5.3 Toelaatbaarheid controleren thuiswerkende werknemer

### 5.3.1 Rechtspraak tot februari 2018

Het controleren van werknemers die thuis werken kan inbreuk maken op de privacy van de werknemer en is daarom aan strikte voorwaarden verbonden. We hebben geen specifieke rechtspraak gevonden over de toelaatbaarheid van het controleren van de thuiswerkende werknemer. Wel bestaat jurisprudentie naar aanleiding van het door de werkgever controleren van internet- en e-mailgebruik tijdens werktijd. Deze vorm van controle zal ook bij thuiswerkers

het vaakst worden toegepast.<sup>35</sup> Uit het overzicht van deze jurisprudentie in TAP in 2018<sup>36</sup> van Vesters en Zalait blijkt dat de lijn in de rechtspraak is dat art. 8 EVRM in combinatie met art. 7:611 BW doorgaans als uitgangspunt worden genomen bij de beoordeling van privacy in geval van controle van internet- en e-mailgebruik. Op basis van deze rechtspraak worden vier voorwaarden gesteld aan het controleren van de thuiswerkende werknemer.

Ten eerste moet de werkgever van tevoren kenbaar maken aan de werknemer dat zijn internet- en e-mailactiviteiten kunnen worden gecontroleerd, op welke wijze dit gebeurt (bijvoorbeeld met welk programma of systeem de controle wordt uitgevoerd en wat voor de werknemer wel en niet is toegestaan).<sup>37</sup> De werknemer moet bijvoorbeeld weten welke pagina's hij niet mag bezoeken op de laptop van werkgever (bijvoorbeeld geen porno- of gewelddadige websites) en dat hij zonder voorafgaande toestemming geen software mag installeren. Deze informatieplicht is een belangrijke factor bij de beoordeling of sprake is van privacy schending. De vereiste informatie kan bijvoorbeeld worden verstrekt in een beleid of handboek.

Ten tweede moet sprake zijn van een legitiem doel/ge-rechtvaardigd belang en dit moet zwaarder wegen dan het belang van de werknemer. Of een doel legitiem is, is zeer casuïstisch. Als voorbeeld voor een legitiem doel noemen we het voorkomen van illegale activiteiten op laptops van de werkgever en het naar buiten brengen van bedrijfsvertrouwelijke informatie.<sup>38</sup> Verder kunnen het verminderen van kosten en verlies van tijd, misbruik van het internet- en e-mailsysteem van de werkgever en systeem- en netwerkbeveiliging een legitiem doel opleveren.<sup>39</sup>

Ten derde moet het doel niet op een minder ingrijpende manier kunnen worden nagestreefd. Dat wil zeggen: de controle moet noodzakelijk zijn.<sup>40</sup> Zo zijn er doorgaans geen andere manieren om te voorkomen dat bedrijfsgegevens verloren gaan, dan door constant te controleren welke software werknemers op een laptop installeren. Anderzijds geldt voor het voorkomen van RSI-klachten dat doorgaans niet noodzakelijk is dat middels specifieke software wordt gecontroleerd hoe lang een werknemer thuis naar zijn computerscherm kijkt. Dit doel kan ook worden bereikt middels een goede training en instructie van de werkgever. Ook de

29 Vgl. Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:317, besproken in paragraaf 3.1. Zie ook: Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, p. 4.

30 Art. 24 AVG. Zie ook: Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, p. 4, 16.

31 De EDPB is een Europese werkgroep bestaande uit één afgevaardigde van elke toezichthouder op het gebied van privacy binnen de EER. Vanuit Nederland zit er dus iemand van de Autoriteit Persoonsgegevens in de EDPB. De EDPB publiceert regelmatig opinies over onderwerpen die te maken hebben met privacy.

32 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, p. 4, 16.

33 Zie [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl) onder 'monitoring'.

34 Zie hierover *Kamerstukken II 2004/05*, 25883, 37.

35 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, p. 4, 16.

36 D.J.A. Vesters & L. Zalait, 'De AVG, bekend maakt bemind (?)', *TAP 2018/1*, p. 11-13. Zie ook: V. Laan & E. Thole, 'Nieuwsgierige werkgevers: let op privacygrenzen bij verwerken van gegevens van sollicitanten en werknemers', *ArbeidsRecht 2016/8* (p. 3).

37 D.J.A. Vesters & L. Zalait, 'De AVG, bekend maakt bemind (?)', *TAP 2018/1*, p. 11-13.

38 D.J.A. Vesters & L. Zalait, 'De AVG, bekend maakt bemind (?)', *TAP 2018/1*, p. 11-13. Zie ook Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, p. 4, 16.

39 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, p. 16.

40 EHRM 3 april 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA6786 (*Copland/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 41.

wijze waarop wordt gecontroleerd moet noodzakelijk zijn. In het kader van vermoeden van misbruik van zakelijke internet en e-mail kan een werkgever meestal volstaan met een korte gerichte controle. De werkgever hoeft niet elk moment van de dag inzage in het internet- en e-mailverkeer van de werknemer.<sup>41</sup>

Tot slot is de werkgever verplicht om rekening te houden met vertrouwelijke communicatie van de werknemer. Zo mag een werkgever op afstand geen e-mails van de thuiswerker inzien die als privé zijn gemarkeerd.<sup>42</sup>

### 5.3.2 Rechtspraak na februari 2018

In mei 2018 kwam het Hof Amsterdam met een opvallende uitspraak. Deze uitspraak betrof een werknemster die onder werktijd de kassacomputer had gebruikt voor het bezoeken van websites voor privédoeleinden. In de interne regels van werkgever stond beschreven dat tijdens werktijd het internet niet mocht worden gebruikt voor privédoeleinden. Werkgever vermoedde dat de werknemster dit wel deed en besloot vervolgens aan het einde van de dag in de zoekgeschiedenis van de kassa te kijken. Hij kwam erachter dat de werknemster in strijd met de interne regels had gehandeld door privé websites te bezoeken op de kassa. Het hof overwoog in deze uitspraak dat het privacybelang van de werknemster minder zwaar woog dan het belang van werkgever om door middel van de zoekgeschiedenis te beoordelen of en in welke mate werknemster had gehandeld in strijd met de regels. Werkgever had niet de privécommunicatie van werknemer gemonitord. De privacy van de werknemer was volgens het hof niet geschonden.<sup>43</sup> Opvallend aan deze uitspraak is dat de werkgever niet aan zijn informatieplicht lijkt te hebben voldaan. De werknemster was wel door middel van interne regels geïnformeerd over wat wel en niet was toegestaan met betrekking tot internetgebruik. Uit de uitspraak blijkt echter niet dat de werknemer van tevoren was geïnformeerd over het feit dat controle mogelijk was terwijl uit de rechtspraak blijkt dat dit over het algemeen juist een doorslaggevend factor is bij de beoordeling of de privacy van de werknemer door controle is geschonden.<sup>44</sup>

Buiten de hiervoor besproken vereisten uit de rechtspraak, geldt nog een informatieplicht op grond van de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Nu controle van de thuiswerker doorgaans verwerking van zijn persoonsgegevens met zich meebrengt, moet de werkgever de werknemer op grond van de AVG informeren over de wijze waarop de gegevens worden verwerkt. Dit gebeurt in de praktijk door middel van een algemene privacyverklaring of informatiebrief.<sup>45</sup> Bovendien kent de AVG, in aanvulling op het

onder paragraaf 5.3.1 van dit artikel is besproken, ook een legitimiteits- en noodzakelijkheids criterium.<sup>46</sup> Verder geldt nog dat voor het implementeren van een personeelscontrolesysteem gewoonlijk de instemming van de ondernemingsraad wordt vereist.<sup>47</sup> Op deze voorwaarde wordt verderop nog ingegaan.

### 5.4 Risico's privacy van anderen dan de thuiswerkende werknemer

Afgezien van het hierboven omschreven feit dat thuiswerken privacy-risico's met zich brengt voor de thuiswerkende werknemer, bestaan ook risico's voor anderen (zoals collega's, contactpersonen, klanten) wier persoonsgegevens door de thuiswerker uit hoofde van zijn functie worden verwerkt. De werknemer werkt thuis op een laptop van de werkgever of op zijn eigen laptop op de server van de werkgever, waarbij het risico bestaat dat de werknemer de laptop ergens verliest of een huisgenoot van de thuiswerker ongeoorloofd toegang krijgt tot persoonsgegevens van anderen. Dit brengt een verhoogd risico op een datalek met zich mee.<sup>48</sup> Dit betekent dat de werkgever moet zorgen voor duidelijke regels omtrent de beveiliging van deze persoonsgegevens.<sup>49</sup> Dit kan bijvoorbeeld in een apart privacy beleid, in de algemene thuiswerkregeling of – als de werknemer op zijn persoonlijke laptop thuis werkt – in een zogenaamde Bring Your Own Device policy.<sup>50</sup>

## 6. Medezeggenschap bij de implementatie van een thuiswerkregeling

### 6.1 Instemmingsrecht ondernemingsraad

In een thuiswerkregeling is vaak opgenomen dat de werknemer ofwel flexibiliteit geniet bij het bepalen van zijn werktijden ofwel juist binnen bepaalde tijden moet werken en/of moet inloggen op de server van de werkgever. Dit kan worden gekwalificeerd als een arbeids- en rusttijdenregeling in de zin van art. 27 lid 1 sub b WOR.<sup>51</sup> Voorts worden in dat kader regelmatig afspraken gemaakt over de balans tussen het werk- en privéleven van de thuiswerker, dat ons automatisch brengt bij het volgende instemmingsplichtige onderwerp: regelingen op het gebied van arbeidsomstandigheden in de zin van art. 27 lid 1 sub d WOR. Het opnemen van verplichtingen ten aanzien van Arboretgeving in een thuiswerkregeling is dus instemmingsplichtig.<sup>52</sup>

46 Art. 5 lid 1 AVG.

47 Art. 27 lid 1 sub 1 WOR. Zie verder [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl) onder 'opinie Europese privacy toezichthouders over privacyrechten werknemers'.

48 Art. 4 lid 12 AVG.

49 Art. 32 AVG.

50 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, p.16. Zie ook V. Laan & E. Thole, 'Nieuwsgierige werkgevers: let op privacygrenzen bij verwerken van gegevens van sollicitanten en werknemers', *ArbeidsRecht* 2016/8 (p. 4).

51 'Sprengers', in: T&C Arbeidsrecht, artikel 27 WOR, aant. 3. Zie ook: L.J. de Vroe & A.H. Weijts-Huiskes, 'Telewerken: op naar een wettelijke regeling', *ArbeidsRecht* 2009/22 (p. 5). Zie ook: A.G.J.J. Jansen, 'Het nieuwe werken: aan het werk in plaats van naar het werk', *ArbeidsRecht* 2011/50 (p. 3).

52 'Sprengers', in: T&C Arbeidsrecht, artikel 27 WOR, aant. 5. Zie ook: L.J. de Vroe & A.H. Weijts-Huiskes, 'Telewerken: op naar een wettelijke regeling', *ArbeidsRecht* 2009/22 (p. 5).

41 Zie [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl) onder 'monitoring'.

42 D.J.A. Vesters & L. Zalait, 'De AVG, bekend maakt bemind (?)', *TAP* 2018/1, p. 11. Zie ook [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl) onder 'monitoring'.

43 Hof Amsterdam 29 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1846.

44 D.J.A. Vesters & L. Zalait, 'De AVG, bekend maakt bemind (?)', *TAP* 2018/1, p. 13.

45 P.A. Nabben & E. Post Uiterweer, 'De Europese privacy verordening: werkgever, bent u er klaar voor?', *ArbeidsRecht* 2017/21 (p. 4).

Denkbaar is dat een thuiswerkregeling een andere wijze van personeelsbeoordeling met zich brengt.<sup>53</sup> Mogelijk wordt de werknemer, die een aanzienlijk deel van zijn arbeidstijd thuis werkt, slechts of in toenemende mate op zijn bereikte resultaten beoordeeld omdat de werkgever de werknemer in mindere mate op zijn inspanningen kan beoordelen. Een dergelijke regeling kan onder het bereik van art. 27 lid 1 sub f WOR vallen.

Eveneens kan een thuiswerkregeling kwalificeren als een regeling op het gebied van werkoverleg. Hieronder wordt verstaan het regelmatig overleg tussen werknemers die gezamenlijk een taak uitoefenen en hun leidinggevende.<sup>54</sup> De ondernemingsraad heeft naast een instemmingsrecht de taak om zo veel mogelijk werkoverleg te bevorderen, om zo de betrokkenheid van de werknemer bij de arbeid te vergroten.<sup>55</sup> Als binnen een onderneming veel of bijvoorbeeld telkens om de beurt wordt thuisgewerkt door werknemers, kan het belangrijk zijn om over werkoverleg afspraken te maken en eventueel voorzieningen te treffen zoals het vaststellen van een vast (wekelijks) vergadermoment, al dan niet op afstand. Invoering van dergelijke afspraken zijn instemmingsplichtig en kunnen worden geïnitieerd door de ondernemingsraad.

Tot slot kan een thuiswerkregeling kwalificeren als een regeling omtrent het verwerken van alsmede bescherming van persoonsgegevens van werknemers.<sup>56</sup> Enerzijds worden de verwerkingsmogelijkheden bij controle van werknemers, zoals hiervoor beschreven, uitgebreid. Bepaalde persoonsgegevens van werknemers die normaal niet worden verwerkt, zoals de locatie van de laptop van de werkgever, een IP-adres van de eigen laptop van de werknemer en het surfgedrag van de werknemer verwerkt door invoering van een thuiswerkregeling. Als de werknemer thuis kan inloggen op de server van de werkgever en zo beschikking heeft over persoonsgegevens van zijn collega's, zullen afspraken moeten worden gemaakt over de bescherming van deze gegevens. Hierbij moet men denken aan verplichtingen voor de werknemer bij verlies van de laptop. Wat moet de werknemer doen bij verlies van de laptop? Kan de werkgever de gegevens vanaf een afstand in één keer wissen (remote wiping)? En mag de werknemer persoonsgegevens lokaal opslaan?<sup>57</sup> Eerder in dit artikel werd al opgemerkt dat een regeling omtrent controle van de thuiswerkende werknemer, vrijwel altijd instemmingsplichtig is.<sup>58</sup>

53 'Sprengers', in: *T&C Arbeidsrecht*, artikel 27 WOR, aant. 8. Zie ook: A.G.J.J. Jansen, "Het nieuwe werken": aan het werk in plaats van naar het werk', *ArbeidsRecht* 2011/50 (p. 2).

54 'Sprengers', in *T&C Arbeidsrecht*, artikel 27 WOR, aant. 10.

55 Art. 28 lid 2 WOR.

56 *Kamerstukken II* 2011/12, 25883, 198 (Bijlage: 'Het Nieuwe Werken' en de arbeidsrechtelijke regelgeving, Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam, 10 maart 2011). Zie ook L.J. de Vroe & A.H. Weijs-Huiskes, 'Telewerken: op naar een wettelijke regeling', *ArbeidsRecht* 2009/22. Zie ook: A.G.J.J. Jansen, 'Het nieuwe werken: aan het werk in plaats van naar het werk', *ArbeidsRecht* 2011/50.

57 Verlies van een laptop kwalificeert mogelijk als een datalek in de zin art. 4 lid 12 AVG. In geval van een datalek heeft een werkgever ex art. 34 AVG bepaalde verplichtingen. Om daaraan te kunnen voldoen zal hij werknemers, die namens werkgever persoonsgegevens van collega's verwerken, moeten instrueren.

58 'Sprengers', in *T&C Arbeidsrecht*, artikel 27 WOR, aant. 11.

### 6.2 Adviesrecht ondernemingsraad

Minder waarschijnlijk maar wel mogelijk valt het invoeren van een thuiswerkregeling onder het adviesrecht van de ondernemingsraad. Investerings van een ondernemer om thuiswerkplekken beschikbaar te maken, bijvoorbeeld door de aanschaf van laptops, ergonomische stoelen of bepaalde software, kan worden beschouwd als het doen van een belangrijke investering in de zin van art. 25 lid 1 sub h WOR of als de invoering van en een belangrijke technologische voorziening in de zin van art. 25 lid 1 sub k WOR.<sup>59</sup>

### 6.3 Overige vormen van medezeggenschap

Het aan de ondernemingsraad toekomende instemmingsrecht geldt voor de personeelsvertegenwoordiging alleen voor wat betreft arbeids- en rusttijdenregelingen en regelingen op het gebied van arbeidsomstandigheden. Ten aanzien van andere hierboven genoemde onderwerpen heeft de personeelsvertegenwoordiging in tegenstelling tot de ondernemingsraad geen instemmingsrecht.

Wat opvalt is dat er cao's bestaan waarin aan de ondernemingsraad expliciet een instemmingsrecht wordt toegekend voor het implementeren van een thuiswerkregeling. Een voorbeeld hiervan is de cao Kinderopvang, waarin zelfs instemmingsrecht aan de personeelsvertegenwoordiging wordt toegekend voor de invoering van een thuiswerkregeling.<sup>60</sup>

## 7. Aanbeveling

Werken vanuit huis vereist duidelijke afspraken tussen werkgever en werknemer. Als werken vanuit huis de norm is binnen een onderneming, doet de werkgever er verstandig aan een beleid (thuiswerkregeling) op te stellen op basis waarvan een verzoek om thuiswerken wordt beoordeeld. In dit beleid kan worden opgenomen in welke functies en onder welke omstandigheden thuiswerken mogelijk is, dat thuiswerken enkel mogelijk is na ondertekening van de thuiswerkovereenkomst en dat werken vanuit huis altijd ter discretie van werkgever is.

Het is belangrijk om in een thuiswerkovereenkomst afspraken te maken in verband met de arbo-verplichtingen van de werkgever. Zo is aan te raden om op te nemen dat een arbo-coördinator of preventiemedewerker komt controleren of de thuiswerkplek van de werknemer voldoet aan de vereisten, dat als de werknemer de werkplek eigenhandig aanpast hij dit moet melden bij de werkgever en dat als de werkplek niet meer aan de vereisten voldoet, de mogelijkheid om thuiswerken kan worden ingetrokken. Ook als werken vanuit huis enkel incidenteel plaatsvindt, is het belangrijk om hierover afspraken te maken. Zo kan in de overeenkomst worden opgenomen dat het (gedeeltelijk) de eigen verantwoordelijkheid is van werknemer dat zijn thuiswerkplek aan de toepasselijke arbo-wetgeving voldoet.

59 A.G.J.J. Jansen, "Het nieuwe werken": aan het werk in plaats van naar het werk', *ArbeidsRecht* 2011/50.

60 Zie paragraaf 6.9 in de cao Kinderopvang 2018-2019.

Het is verder verstandig om afspraken te maken over aansprakelijkheid en bepaalde vergoedingen, bijvoorbeeld wie de kosten draagt voor de controle- en aanpassing van de werkplek, internetprovider en laptop waar de werknemer mee werkt.

Als de werkgever de thuiswerker wil controleren, zal dit ook moeten worden vastgelegd in de thuiswerkregeling of in een aparte algemene regeling omtrent controle van werknemers. In de thuiswerkregeling dienen bovendien regels te worden opgesteld over de bescherming van persoonsgegevens (bijvoorbeeld beveiliging van de kamer waarin de werknemer werkt) eventueel onder verwijzing naar een algemeen privacy beleid bij werkgever.

Zodra er een concept thuiswerkregeling ligt, zal er instemming moeten worden gevraagd aan de ondernemingsraad. In individuele gevallen kan er uiteraard ook voor worden gekozen een en ander neer te leggen in de arbeidsovereenkomst of afzonderlijke thuiswerkovereenkomst.

In ieder geval voor werkgevers waar werken vanuit huis de norm is (dus niet enkel incidenteel), bijvoorbeeld in de ICT-branche, raden wij aan een thuiswerkregeling te implementeren.

Een voordeel van een algemene thuiswerkregeling is dat op voorhand al aan werknemers kan worden uitgelegd in welke situaties een verzoek om werken vanuit huis wel of geen zin heeft. Zo kan een deel van de verzoeken al worden gefilterd. Als voorbeeld noemen wij de situatie van binnen- en buitendienst werknemers. In de meeste organisaties geldt dat binnendienst werknemers niet vanuit huis kunnen werken wegens de aard van hun functie en buitendienst werknemers wel een verzoek om thuis werken kunnen doen. Een ander voordeel van een algemene thuiswerkregeling kan zijn dat werken vanuit huis onder de aandacht wordt gebracht bij werknemers en dat zij worden gemotiveerd tot werken vanuit huis indien dat wenselijk is voor de werkgever.

We raden het overigens af om in een organisatie-brede regeling de exacte voorwaarden vast te leggen op basis waarvan een werknemer mag thuis werken. Indien een werknemer daaraan voldoet zal dit ten nadele van de werkgever meewegen bij de vraag of een verzoek om thuiswerken kan worden geweigerd door de werkgever. We raden dus aan om de vereisten algemeen te houden en altijd een discretionaire bevoegdheid voor de werkgever op te nemen.