

130. Thuiswerken en werkgevers-aansprakelijkheid: voorkomen is beter dan genezen

MR. R. HUIJSMANS-ZWIJNENBURG EN MR. Y. BOS-BREMMER

Als gevolg van COVID-19 werken steeds meer werknemers noodgedwongen thuis. Omdat hun thuiswerkplek niet optimaal is en zij minder bewegen, heeft dit impact op hun fysieke en mentale klachten. Naar verwachting zullen werkgevers dan ook vaker aansprakelijk gesteld worden voor de schade die werknemers hebben opgelopen als gevolg van thuiswerken. Een goed moment om stil te staan bij de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van thuiswerkende werknemers en het risico dat hij, gelet hierop, loopt in het kader van werkgeversaansprakelijkheid.

In november 2020 werkten ongeveer 3,5 miljoen werknemers deels of volledig thuis, mede als gevolg van COVID-19.¹ De gevolgen van het thuiswerken voor de fysieke en mentale gezondheid van werknemers worden steeds duidelijker. Fysiotherapeuten constateerden al vrij snel na het begin van de lockdown dat veel meer mensen kampen met klachten aan bijvoorbeeld rug, nek en armen. Dit gelet op het feit dat de werkplek thuis doorgaans niet optimaal is. Bovendien zitten mensen thuis nog meer en nemen zij weinig korte pauzes. Daarnaast is er een overduidelijke toename van gezondheidsklachten, gecombineerd met een afname van het bewegen. Fysieke klachten, veelal aan het bewegingsapparaat, maar ook mentale klachten als vermoeidheid en depressiviteit.²

Naar onze verwachting zullen werkgevers dan ook vaker aansprakelijk worden gesteld voor de fysieke en/of mentale schade die werknemers hebben opgelopen als gevolg van thuiswerken. Een goed moment om stil te staan bij de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van thuiswerkende werknemers en het risico dat hij, gelet hierop, loopt in het kader van werkgeversaansprakelijkheid.

Zorgplicht algemeen

Uit de zorgplicht ex art. 7:658 lid 1 BW vloeit voort dat een werkgever maatregelen moet nemen, die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat zijn werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Deze zorgplicht van de werkgever omvat het zoveel als mogelijk voorkomen van zowel arbeidsongevallen als beroepsziekten. Een werkgever moet naast technische maatregelen ook maatregelen treffen die betrekking hebben op het gedrag

van zijn werknemers, zoals het houden van toezicht op de werksituatie. De zorgplicht wordt verder ingevuld door regelgeving op het gebied van de arbeidsomstandigheden.

De zorgplicht van de werkgever beoogt geen absolute waarborg te scheppen voor bescherming tegen gevaar

Welke maatregelen concreet van een werkgever gevraagd kunnen worden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Voor de invulling hiervan zijn de welbekende Kelderluik-criteria bepalend: de aard van de werkzaamheden, de kenbaarheid van het gevaar, de kans op verwezenlijking en de ernst van de gevolgen, alsook de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.³ Wanneer het om de kenbaarheid van het gevaar gaat, worden hier niet slechts de gevaren die bij de werkgever bekend zijn bedoeld, maar ook gevaren die de werkgever behoort te kennen. Daarnaast moet de werkgever op de hoogte blijven van de stand van de techniek en de wetenschap. Met die kennis moet hij maatregelen treffen ter voorkoming van schade aan de werknemer, ook als deze maatregelen niet in wet- of regelgeving zijn opgenomen of gebruikelijk zijn binnen andere bedrijven.⁴ Een werkgever heeft dus een onderzoeksplicht wanneer het gaat om de kenbaarheid van gevaren. Overigens mag een werkgever er bij het treffen van de maatregelen van uitgaan dat zijn werknemer fysiek en psychisch normaal belastbaar is, tenzij hem door mededelingen van de werknemer of anderszins bekend is of

1 Kamerbrief 'TNO cijfers thuiswerken', 4 februari 2021.

2 SER-rapport 'Thuiswerken in coronacrisis', september 2020.

3 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, r.o. 13 en HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8254, NJ 2004/177, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, r.o. 3.7.

4 E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', AR 2006/10, p. 2.

behoort te zijn dat deze een significant hoger gezondheidsrisico loopt.⁵

Wanneer het niet mogelijk is om voldoende preventieve maatregelen te nemen, moet de werkgever op effectieve wijze voor het gevaar waarschuwen. Hiervoor is niet voldoende om een algemene opdracht te geven waaruit volgt dat de werknemer toe moet zien op de veiligheid. Of een waarschuwing van de werkgever afdoende is hangt af van het feit of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het gevaar wordt vermeden. Hierbij moet het ervaringsfeit, dat werknemers niet steeds de vereiste zorg betrachten tijdens het werk, in acht worden genomen. Zo oordeelde de Hoge Raad in meerdere zaken dat in het geval van het werken met een gevaarlijke machine, een schriftelijk en/of mondelinge waarschuwing en een waarschuwingssticker op de machine niet steeds voldoende zal zijn gezien het ervaringsfeit dat de werknemers niet steeds alle voorzichtigheid bij gebruik van de machine in acht zal nemen.⁶ Daarnaast mag bij de bepaling van de zorgplicht van een werkgever ook worden gekeken naar de ervaring, opleiding en functie van de werknemer. Zo kan een door de werknemer gevolgde veiligheids cursus een rol spelen. Dit was het geval bij een dakdekker, die bij het betreden van het dak is gevallen in het met isolatiemateriaal afgedekte gat wat een werkzame derde had gemaakt voor een lichtkoepel. Van de ervaren dakdekker, die in het bezit was van een veiligheidsdiploma, mocht worden verwacht dat hij zelf in staat was de risico's die verbonden waren aan het karwei te beoordelen en te handelen naar bevind van zaken.⁷

De zorgplicht van de werkgever beoogt geen absolute waarborg te scheppen voor bescherming tegen gevaar.⁸ Er kan ook sprake zijn van schade die in de risicosfeer van de werknemer behoort te blijven. Hierbij valt te denken aan huis-, tuin- en keukenongevallen, alledaagse gevaren, algemeen bekende gevaren, ongelukkige samenloop van omstandigheden of van het in acht nemen van de normale voorzichtigheid door de werknemer. Een werknemer die een onveilige ladder pakte, terwijl er een veilige ladder aanwezig was, kon de werkgever niet met succes aansprakelijk stellen vanwege schending van zijn zorgplicht.⁹ Ook de werknemer die niet alleen in de broodjes, maar ook in haar vingers sneed, kon de werkgever niet met succes aansprakelijk stellen.¹⁰

Zorgplicht thuiswerkenden

Los van de 'algemene zorgplicht' die blijkt uit art. 7:658 BW, volgt hieruit ook een zorgplicht met betrekking tot de werkplek. Deze zorgplicht hangt nauw samen met de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en het instructierecht van de werkgever met betrekking tot de uitoefening van de werkzaamheden van de werknemer.¹¹ Onder het begrip 'werkplek' wordt verstaan: iedere plaats die in verband met het verrichten van de arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt.¹² Uit rechtspraak blijkt dat de zorgplicht ten aanzien van de werkplek verder reikt dan enkel de arbeidsplaats zelf. De werkgever kan bijvoorbeeld mede aansprakelijk zijn voor de veiligheidssituatie op het gehele bouwterrein.¹³

Onder meer als gevolg van de huidige coronacrisis werken steeds meer mensen thuis. De verwachting is dat – ook na de crisis – meer mensen (gedeeltelijk) thuis zullen blijven werken. De op handen zijnde *Wet werken waar je wilt* speelt hier reeds op in, waarbij een door de werknemer verzochte aanpassing van de arbeidsplaats nog slechts mag worden afgewezen op grond van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.¹⁴ Daarbij komt dat de werkgever over de werkplek van de werknemer thuis beperkte zeggenschap heeft. In beginsel geldt echter ook voor thuiswerkenden de algemene norm dat de werkgever zorg moet dragen voor goede arbeidsomstandigheden. Het thuiswerken valt in het kader van de arbeidsomstandighedenwetgeving onder 'plaatsonafhankelijke arbeid', zo volgt uit art. 1.43 Arbeidsomstandighedenbesluit (hierna: Arbobesluit).¹⁵ Voor plaatsonafhankelijke arbeid, waaronder thuiswerken, geldt een verlicht arbeidsomstandighedenregime.¹⁶

Dit verlichte arbeidsomstandighedenregime houdt in dat bepaalde verplichtingen met betrekking tot de arbeidsomstandigheden niet van toepassing zijn. De werkgever hoeft bijvoorbeeld niet te voldoen aan de concrete eisen van hoofdstuk 3 van het Arbobesluit, zoals verplichtingen die zien op brandgevaar en vluchtwegen.¹⁷ Het gaat om zaken waarvan in redelijkheid niet van de werkgever gevergd kan worden om deze bij de werknemer thuis aan te leggen of

5 Zie (conclusie van A-G Spier voorafgaand aan) HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2619, «JAR» 2009/111; Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP7413, «JAR» 2011/73, m.nt. F.G. Laagland.
6 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008/460 en HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6717, NJ 2008/462.
7 HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000, NJ 2004/176, r.o. 3.3.
8 HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4090, NJ 2004/175, r.o. 3.5.
9 HR 24 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1405, NJ 12995/137, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.3.
10 HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4090, NJ 2004/175, r.o. 3.5.

11 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6178, NJ 2009, 329, r.o. 3.2.

12 HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, «JAR» 2009/15, m.nt. M.S.A. Vegter.

13 HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1027, NJ 1993/687 m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.4.

14 Wetsvoorstel Wet werken waar je wilt, *Kamerstukken II* 2020/21, 35714, nr. 1-7.

15 M. Snoep, 'Arbeidsomstandighedenwetgeving voor diverse werkenden', *AR* 2017/42, p. 3.

16 J.P. Kroon, 'Verlicht arboregime bij plaatsonafhankelijk werken' in: *Flexibele arbeidsrelaties* (online), Deventer: Wolters Kluwer; M. ten Broeke & I. Baijens, 'Werken vanuit huis: het juridisch kader', *AR* 2019/28, p. 2.

17 M. ten Broeke & I. Baijens, 'Werken vanuit huis: het juridisch kader', *AR* 2019/28, p. 3.

te controleren.¹⁸ In het hiernavolgende wordt besproken welke regelgeving verder van toepassing is op thuiswerken.

Ergonomisch ingerichte thuiswerkplek

Op grond van art. 5.4 jo. art. 1.47 lid 2 Arbobesluit moet de werkgever zorgdragen voor een ergonomisch ingerichte thuiswerkplek.¹⁹ Dit houdt in dat de werkgever hierop moet toezien. Als de thuiswerkplek niet voldoet, is het aan de werkgever om te zorgen voor de juiste arbeidsmiddelen zoals een ergonomische stoel of bureau.²⁰ Zo zal de thuiswerkplek van de werknemer die in zijn auto een thuiswerkplek had ingericht omdat hij rustig wilde werken, niet voldoen aan de normen voor een ergonomisch ingericht thuiswerkplek.²¹ Een werkgever doet er dan ook goed aan om allereerst te informeren bij zijn werknemers wat deze aan arbeidsmiddelen ten behoeve van een thuiswerkplek in huis heeft en wat nog ontbreekt.

De op handen zijnde *Wet werken waar je wilt speelt hier reeds op in, waarbij een door de werknemer verzochte aanpassing van de arbeidsplaats nog slechts mag worden afgewezen op grond van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen*

Nu thuiswerken vaak gepaard gaat met beeldschermwerk, is ook hoofdstuk 5 van de Arbeidsomstandighedenregeling van belang. Hierin staan de voorschriften waaraan de apparatuur en de omgeving waarin het beeldschermwerk wordt verricht moet voldoen. Zo moet het werken achter een beeldscherm op gezette tijden kunnen worden afgewisseld door andere werkzaamheden of rusttijd. Wanneer de werknemer problemen ondervindt aan zijn ogen of gezichtsvermogen, die mogelijk veroorzaakt zijn door het werken met beeldscherm, moet de werkgever de werknemer in de gelegenheid stellen hier passend onderzoek naar te doen. De eventuele kosten die gemaakt worden om de werkplek ergonomisch in te richten komen voor rekening van de werkgever, zo volgt uit art. 44 Arbeidsomstandighedenwet. De werkgever kan ook een bedrag ter beschikking stellen, waarmee de werknemer zelf de middelen aan kan schaffen om zijn werkplek ergonomisch in te richten.

Belangrijk is verder dat de werkgever nagaat of de werknemer zijn werkplek daadwerkelijk ergonomisch heeft in

gericht. Daarbij doet een werkgever er verstandig aan jaarlijks een overzicht beschikbaar te stellen waaruit volgt aan welke vereisten een ergonomisch ingerichte werkplek moet voldoen.²² De werkgever wordt ook geacht instructies te geven over een juiste werkhouding en goede verlichting van de werkplek.²³ Zo is het raadzaam om met enige regelmaat een checklist of een instructievideo naar alle werknemers te sturen.

De verplichting voor de werkgever om zorg te dragen voor een ergonomisch ingerichte thuiswerkplek geldt niet indien dit redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd. Hierbij valt te denken aan de situatie waarin werknemers slechts incidenteel voor korte tijd thuis werken. Dit is ook in lijn met het Thuiswerkverdrag van de International Labour Organization.²⁴ Uit art. 1 sub b van dit verdrag blijkt dat wanneer iemand incidenteel thuiswerkt, hij niet onder het begrip ‘thuiswerkenden’ geschaard kan worden. Omdat Nederland dit verdrag niet geratificeerd heeft, kunnen geen individuele rechten aan dit verdrag worden ontleend. Wel vormt het verdrag een indicatie wanneer een werknemer gekwalificeerd kan worden als ‘thuiswerkende’. Op dit moment werken echter veel werknemers al geruime tijd thuis en kan wat ons betreft in de meeste situaties niet meer gesproken worden van het slechts incidenteel voor korte tijd thuis werken.

Psychosociale arbeidsbelasting

Naast de zorg voor een ergonomisch ingerichte thuiswerkplek, moet de werkgever beleid voeren ten aanzien van het beperken van psychosociale arbeidsbelasting (art. 2.15 jo. art. 1.45 Arbobesluit). Zo dient de werkgever ervoor te zorgen dat de werkdruk wordt beperkt.²⁵ Het kan lastig zijn om tijdig te signaleren of en wanneer werknemers overbelast raken als zij thuis werken. In de praktijk zien wij voorbeelden van werkgevers die elke week een teamvergadering houden, waarbij ook aandacht wordt besteed aan de werkdruk. Ook bestaat de mogelijkheid werknemers hier zelf onderzoek naar te laten doen, bijvoorbeeld door middel van een digitale zelfinspectie.²⁶ Meer algemeen is het hebben van regelmatig persoonlijk contact tussen de werkgever en de werknemer van belang om de psychosociale arbeidsbelasting te kunnen meten. De werkgever zal in onze optiek actief moeten informeren naar de werkdruk van de werknemer.

Daarbij kan ook de thuissituatie van de werknemer een rol spelen met betrekking tot de psychosociale arbeidsbelasting. In de afgelopen periode, waarin veel werknemers

18 M. Snoep, ‘Arbeidsomstandighedenwetgeving voor diverse werkenden’, *AR* 2017/42, p. 3; J.P. Kroon, ‘Historische ontwikkeling arbonormen voor thuiswerk’, *Flexibele arbeidsrelaties*.

19 A.G.J.J. Jansen, ‘Het nieuwe werken’: aan het werk in plaats van naar het werk’, *AR* 2011/50, p. 3.

20 M. ten Broeke & I. Baijens, ‘Werken vanuit huis: het juridisch kader’, *AR* 2019/28, p. 3.

21 NOS Nieuws, Regionaal nieuws, 28 januari 2021.

22 <https://www.fysiekebelasting.tno.nl/cms/content/assets/uploads/2020/04/THUISWERKEN-in-Coronatijd.pdf>

23 S.D. Lindenbergh, ‘Arbeidsongevallen en beroepsziekten’, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 23.

24 <https://wetten.overheid.nl/BWBV0001554/2003-10-31>

25 M. ten Broeke & I. Baijens, ‘Werken vanuit huis: het juridisch kader’, *AR* 2019/28, p. 3.

26 <https://www.zelfinspectie.nl/zelfinspecties/werkdruk-en-ongewenst-gedrag>

noodgedwongen thuis moesten werken, hebben werknemers te maken gekregen met eenzaamheid, de combinatie van werk met kinderen thuis en het thuis verzorgen van onderwijs voor de kinderen. De werkgever zal hier rekening mee moeten houden. Daarnaast zal naar onze mening ook van een werknemer zelf mogen worden verlangd, dat hij bij de werkgever aangeeft wanneer hij een hoge werkdruk ervaart.

Risico-inventarisatie en -evaluatie

Een volgende verplichting voor een werkgever vormt de risico-inventarisatie en -evaluatie (hierna: RI&E). In de RI&E moet de werkgever vastleggen welke risico's en gevaren het werk met zich brengt voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers, in zijn algemeenheid en voor bijzondere categorieën van werknemers (art. 5 Arbwet).²⁷ Werkgevers zijn op deze manier verplicht ook de arbeidsrisico's van het thuiswerken in kaart brengen. In de RI&E zal de werkgever in ieder geval aandacht moeten besteden aan:

- fysieke belasting;
- beeldschermwerk;
- werkplekverlichting;
- arbeidsmiddelen;
- persoonlijke beschermingsmiddelen;
- gevaarlijke stoffen;
- psychosociale arbeidsbelasting.

Aan de hand van de RI&E moet de werkgever een plan van aanpak opstellen, waarin is aangegeven welke maatregelen worden genomen in verband met de risico's en gevaren van het werk en de samenhang tussen beide. In dit plan moet ook aangegeven worden binnen welke termijn deze maatregelen worden genomen. De werknemer moet ook kennis kunnen nemen van de RI&E, bijvoorbeeld door middel van het plaatsen hiervan op intranet. Nuttige informatie voor wat betreft het in kaart brengen van de risico's, gezondheidseffecten en maatregelen van thuiswerken zijn onder meer te vinden in het rapport *Thuiswerken* van TNO van 4 februari 2021.²⁸

In de praktijk heeft slechts de helft van de bedrijven een RI&E, zo blijkt uit onderzoek van de Inspectie SZW. Dit, terwijl het maken van een RI&E een verplichting betreft voor iedere werkgever met personeel. Heeft een werkgever geen RI&E gemaakt, dan loopt hij het risico op een bestuurlijke boete van de Inspectie SZW. Deze bedraagt € 4.500 voor het ontbreken van de RI&E en € 3.000 voor het ontbreken van een plan van aanpak. Het daadwerkelijk opstellen van een RI&E met een plan van aanpak vindt meestal plaats door de preventiemedewerker, aangezien dit een van zijn wettelijke taken is (art. 13 lid 7 Arbwet).

Controle op thuiswerken

Zoals aangegeven zal de werkgever, in verband met zijn zorgplicht voor de thuiswerkende werknemer, de thuiswerkplek moeten controleren. Daar staat tegenover dat de werkgever hierbij beperkt wordt door de privacy van de werknemer (art. 8 EVRM) en het verwerken van persoonsgegevens in het kader van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Een worsteling voor werkgevers in de praktijk, zo blijkt. Helaas zijn er ook steeds meer gevallen kenbaar, waarin werknemers te maken krijgen met monitoring of surveillance bij het verrichten van werkzaamheden door middel van 'bossware' of trackingsoftware.²⁹ Volgens de European Data Protection Board betreffen de meest gebruikte controlesystemen door werkgevers ICT-software, waarmee activiteiten op de laptop waar de werknemer thuis mee werkt op afstand kunnen worden gecontroleerd.³⁰ Zo kan bepaalde software registreren hoe lang een werknemer achter zijn scherm zit en vervolgens de online werkomgeving blokkeren als het tijd is voor een pauze. Bij dergelijke programma's ligt misbruik op de loer en kan de privacy van de werknemer in het geding komen. Deze schieten wat ons betreft dan ook het doel voorbij van het kunnen toezien of een thuiswerkplek aan arboret- en regelgeving voldoet in het kader van het voorkomen van schade aan de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden.

Een worsteling voor werkgevers in de praktijk, zo blijkt

Omdat de controle van de thuiswerkplek door de werkgever voortkomt uit het belang van de werknemer om gezond zijn werkzaamheden te kunnen verrichten, zou deze controle in onze optiek moeten plaatsvinden in samenspraak met de werknemer. Wij zien voorbeelden van organisaties die ergonomische adviseurs langs laten gaan bij hun werknemers om hen te ondersteunen bij het inrichten van de werkplek. Ook zijn er werkgevers die, bij het verstrekken van een schriftelijke toelichting op het inrichten van de thuiswerkplek, werknemers oproepen tot beeldbellen met de arbeidsdeskundige wanneer zij moeite hierbij ondervinden of (beginnende) klachten ervaren. Wat ons betreft zou het de voorkeur verdienen werknemers een zekere keuzevrijheid te geven bij het kunnen toezien door de werkgever op de thuiswerkplek. Wanneer een werkgever daarbij duidelijk aangeeft dat de controle op de thuiswerkplek dient ter voorkoming van schade aan de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden en de werkgever hierbij de optie biedt tot bijvoorbeeld overleg met een arbeidsdeskundige of ergonomisch adviseur, kan deze werkgever in ieder geval niet verweten worden geen toezicht te hebben gehouden op de thuiswerkplek. Zeker niet, wanneer het

27 J.P. Kroon, 'Verlicht arboregime bij plaatsonafhankelijk werken' in: *Flexibele arbeidsrelaties* (online), Deventer: Wolters Kluwer, art. 7:658 BW, aant. 2.3.

28 <https://wp.monitorarbeid.tno.nl/wp-content/uploads/2021/03/Eindrapportage-Thuiswerken-incl-bijlagen.pdf>

29 S.S.M. Peters, 'Monitoring en surveillance op het werk – de werknemer opnieuw geknecht?', *TRA* 2021/42.

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

de werknemer is die dergelijke opties afhoudt. Veel meer dan het aanbieden van deze controlemogelijkheden kan een werkgever, naar onze mening, niet doen. Daarbij is het raadzaam de verschillende mogelijkheden tot ondersteuning bij het inrichten van de thuiswerkplek helder te vermelden bij het jaarlijks verstrekken van het overzicht met vereisten aan een ergonomisch ingerichte werkplek aan de werknemer. Thuiswerken en de inrichting/omgeving van de thuiswerkplek verdienen dan ook een vaste plaats op de agenda van voortgangs- of beoordelingsgesprekken tussen werkgever en werknemer om er voor te zorgen dat er een zekere mate van frequentie in de ‘controle’ op thuiswerken door de werkgever aanwezig is.

Thuiswerkregeling en de rol van de ondernemingsraad

Met de komst van COVID-19 zien wij dat het opstellen of aanpassen van een bestaande thuiswerkregeling binnen bedrijven een vlucht heeft genomen. Deze thuiswerkregeling voorziet in afspraken over wanneer en op welke wijze werknemers thuiswerken en kan de werkgever hiermee faciliteren in het tegemoetkomen aan zijn zorgplicht jegens deze werknemers. Juist omdat een thuiswerkregeling vaak afspraken bevat over bereikbaarheid, cybeveiligheid, privacy en controle, arboregels voor de thuiswerkplek, een verwijzing naar de RI&E en de thuiswerkvergoeding, vormt deze een praktisch middel ter ondersteuning van zowel werkgever als werknemer bij het voorkomen van schade aan de werknemer. Dit laat onverlet dat een thuiswerkregeling niet de volledige zorgplicht van de werkgever ten aanzien van een thuiswerkende werknemer zal kunnen ondervangen. Zaken als psychosociale arbeidsbelasting en het daadwerkelijk ergonomisch inrichten van de werkplek zijn nu eenmaal niet meetbaar door middel van een protocol, maar vereisen nog altijd de aandacht van en het overleg tussen werkgever en werknemer.

Bijkomend voordeel van het opstellen of aanpassen van de thuiswerkregeling vormt de betrokkenheid van de ondernemingsraad hierbij. Een thuiswerkregeling raakt verschillende aspecten van het instemmings- of adviesrecht van de OR. Wij denken hierbij aan het vaststellen of wijzigen van de RI&E, arbeidstijden of arbeidsomstandigheden en wellicht ook de personeelsbeoordeling. Juist omdat de ondernemingsraad een vertegenwoordiging van zijn achterban vormt, betreft zijn betrokkenheid bij het opstellen van een thuiswerkregeling een welkome bron van input en informatie bij het inrichten hiervan. Reden temeer om tijdig met de ondernemingsraad in overleg te gaan over de inhoud van deze thuiswerkregeling.

Werkgeversaansprakelijkheid

Wanneer de werkgever zich niet houdt aan eerdergenoemde arboverplichtingen voor thuiswerkenden, schendt hij hiermee zijn zorgplicht. Daarvoor kan de werkgever aansprakelijk gesteld worden door de werknemer op grond van art. 7:658 BW.

Voor de aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW is het criterium ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’ van belang. De werknemer moet een causaal verband stellen en aannemelijk maken tussen de schade en de werkzaamheden. Dit vereiste moet ruim worden uitgelegd. Ook als op een terrein van een ander wordt gewerkt en als de werknemer is afgeweken van zijn opdracht kan er nog steeds sprake zijn van een causaal verband, zo blijkt uit het Van Uiter/Jalas-arrest.³¹ De werknemer hoeft niet aan te tonen dat de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht. Hij hoeft slechts aan te tonen dat de schade is veroorzaakt door het werk.

Zaken als psychosociale arbeidsbelasting en het ergonomisch inrichten van de werkplek zijn nu eenmaal niet meetbaar door middel van een protocol, maar vereisen nog altijd de aandacht van en het overleg tussen werkgever en werknemer

Als de werknemer aantoont dat hij schade heeft geleden in de uitvoering van zijn werkzaamheden, rust op de werkgever de bewijslast aan te tonen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen of dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer en de schade in belangrijke mate daardoor is ontstaan. De werknemer hoeft dus niet aan te tonen dat de werkgever zijn zorgplicht niet heeft nageleefd, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. Daarbij kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat toepassing van de bijzondere bewijslastverdeling achterwege moet blijven en dus moet worden uitgegaan van de hoofdregel van art. 150 Rv. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin onduidelijk is hoe een bepaald ongeval heeft plaatsgevonden waardoor de werknemer schade heeft opgelopen.³² Overigens is het voor de werkgever niet gemakkelijk om aan te tonen dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Een werknemer zal zichzelf immers niet snel opzettelijk schade toebrengen. Voor wat betreft de bewuste roekeloosheid moet de werkgever volgens de Hoge Raad stellen en zo nodig te bewijzen dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was dat hij zich, in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het door zijn gedraging in het leven geroepen gevaar, van die gedraging behoorde te onthouden.³³

31 HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9048, «JAR» 2001/13, m.nt. D.M. Thierry, r.o. 3.3.

32 HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2432, NJ 2001/476, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.

33 HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, NJ 1997/198, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.4; HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, «JAR» 2008/56, m.nt. M.S.A. Vegter, r.o. 5.2.2.

Wanneer de werkgever er niet in slaagt te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, is het causaal verband tussen zijn tekortkoming en de schade van de werknemer in beginsel gegeven.³⁴ De stelplicht en bewijslast zijn zo verdeeld omdat van de werknemer wel verlangd mag worden dat hij stelt, en zo nodig bewijst, dat hij in de uitoefening van de werkzaamheden schade heeft geleden, maar niet dat hij ook aantoonbaar wat nu de precieze toedracht of oorzaak van de schade geweest is.³⁵

Voor werknemers met bepaalde ziekten of aandoeningen is het lastig om het causaal verband tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden te bewijzen. Om die reden heeft de Hoge Raad de arbeidsrechtelijke omkeringsregel geïntroduceerd. De omkeringsregel houdt in dat als de werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband wordt aangenomen indien de werkgever heeft nagelaten maatregelen te treffen die redelijkerwijze nodig zijn ter voorkoming van de blootstelling aan deze stoffen.³⁶ De werkgever dient in feite vooruit te lopen op de vraag of hij voldaan heeft aan de zorgplicht. Wanneer binnen de maatschappelijke kring waartoe de werkgever behoort, bekendheid bestaat over het werken met bepaalde stoffen, geldt voor de werkgever een verhoogde zorgvuldigheidsnorm, juist om te voorkomen dat de werknemer daarvoor schade lijdt. Uit rechtspraak volgt dat de arbeidsrechtelijke omkeringsregel ook van toepassing is wanneer de schade geen verband houdt met blootstelling aan gevaarlijke stoffen, maar met gevaarlijke arbeidsomstandigheden meer algemeen.³⁷ Het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden mag daarbij niet te onzeker en te onbepaald zijn, zo heeft de Hoge Raad in de zogenoemde 7 juni-arresten beslist.³⁸ Dit maakt in onze optiek dat het lastig zal zijn om een beroep te kunnen doen op de arbeidsrechtelijke omkeringsregel in geval van bijvoorbeeld nek- of rugklachten als gevolg van thuiswerken.

Meer algemeen kan het vaststellen van het causaal verband tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden gecompliceerd zijn wanneer het om thuiswerken gaat.³⁹ In een zaak die bij het Hof Amsterdam speelde, stelde een werknemer haar werkgever aansprakelijk voor schade als gevolg van RSI, die zij had opgelopen door haar werk-

zaamheden thuis.⁴⁰ Voor haar thuiswerkplek had zij zelf een bureaustoel aangeschaft en gebruikte zij een bureaublad dat zij had gemaakt van een oude deur. De werknemer voerde aan dat haar werkgever geen middelen had aangeleverd om de thuiswerkplek in te richten. Ook zou hij onvoldoende voorlichting hebben gegeven over beeldschermwerk en ergonomisch werken. Het hof heeft geoordeeld dat de werkgever een zorgplicht heeft voor het meubilair dat de werknemer thuis gebruikt om de arbeid te verrichten.⁴¹ Het hof stelde tevens dat het geven van instructies over het inrichten van de werkplek een belangrijk onderdeel is van de zorgplicht van de werkgever, als het gaat om beeldschermwerk dat thuis wordt verricht. Dit betekent overigens niet dat dit als enige maatregel afdoende is.⁴²

Ook wanneer de werkgever een concrete norm, zoals het opstellen van de RI&E, niet naleeft, zal hij niet eenvoudig aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen. Dit, tenzij hij aantoonbaar dat naleving van de norm het ongeval niet zou hebben voorkomen.⁴³

Tussenstand

Los van voorgaande uitspraak van het hof Amsterdam is er, vooralsnog, weinig rechtspraak bekend waarbij een werknemer specifiek stelt schade te hebben opgelopen als gevolg van het verrichten van werk vanuit een thuiswerkplek. Niet alleen omdat de drempel voor het aansprakelijk stellen van een werkgever hoog zal liggen, maar simpelweg ook omdat thuiswerken in de huidige omvang niet eerder is voorgekomen.

Uit een enquête die door CNV in oktober 2020 is gehouden, blijkt dat het aantal werknemers met nek- en schouderklachten fors is toegenomen sinds zij meer thuiswerken. Van de respondenten meldt 41% een toename van klachten. 44% van de respondenten zegt geen thuiswerkplek te hebben die aan de arbo-eisen voldoet.⁴⁴ Op de vraag of de werkgever weet of de werknemer thuis over de juiste middelen beschikt om goed te kunnen werken, geeft 57% van de respondenten aan dat de werkgever dit niet weet. Deze percentages hebben nog slechts betrekking op de fysieke problemen van het thuiswerken.

Werknemers ontwikkelen ook steeds meer mentale klachten door het thuiswerken. Psycholoog Susannah Chernowitz zegt hierover het volgende: *‘eenzaamheid en het vervaagen van de grens tussen werk en privé veroorzaken stress’*.⁴⁵

34 Ktr. Rotterdam 8 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4404, AR 2017/3835, r.o. 4.1.

35 HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1430, NJ 2001/377, r.o. 3.4.1.

36 HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369, AV&S 2001/p. 24, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 5.4.

37 HR 9 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8875, NJ 2011/252, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

38 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99, m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.2.3; HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98, m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.2.5.

39 M. ten Broeke & I. Baijens, ‘Werken vanuit huis: het juridisch kader’, AR 2019/28, p. 3.

40 Hof Amsterdam 7 september 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5431, RAR 2007/40; M. Snoep, ‘Arbidsomstandighedenwetgeving voor diverse werkenden’, AR 2017/42, p. 3.

41 Hof Amsterdam 7 september 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5431, «JAR» 2007/65, r.o. 2.9.

42 Hof Amsterdam 7 september 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5431, «JAR» 2007/65, r.o. 2.12.2 en 2.12.3.

43 HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8254, r.o. 3.7.

44 CNV-onderzoek ‘Thuiswerken in coronatijd’, p. 2.

45 NOS Nieuws, binnenland, 3 december 2020.

Het is in onze optiek dan ook slechts een kwestie van tijd voordat de eerste juridische procedure hierover zich zal aandienen. Zeker nu de verwachting is dat ook na de huidige coronacrisis, meer werknemers vanuit huis zullen blijven werken.⁴⁶

Voorkomen is beter dan genezen

Reden temeer voor de werkgever om op de hoogte te zijn van de verplichtingen die hij heeft ten aanzien van thuiswerkenden, zowel in het belang van de gezondheid van zijn werknemers als teneinde werkgeversaansprakelijkheid zo veel als mogelijk te voorkomen. Deze verplichtingen zijn stevig. Wij denken hierbij aan het ergonomisch inrichten en bekostigen van een thuiswerkplek, het (regelmatig) geven van gerichte instructies ten aanzien van het inrichten van de thuiswerkplek, het voeren van beleid ten aanzien van het beperken van psychosociale arbeidsbelasting, het opstellen of aanpassen van de RI&E voor wat betreft de risico's en maatregelen ten aanzien van thuiswerken en het kenbaar maken hiervan aan werknemer.

Bij het ergonomisch inrichten van de thuiswerkplek doet de werkgever er goed aan inzichtelijk te maken welke zaken hiervan vereist zijn en te inventariseren bij zijn werknemers wat hiervan nog ontbreekt op hun thuiswerkplek. Op deze manier kan de werkgever effectief inspelen op de concrete behoefte.

In het kader van zijn zorgplicht ter voorkoming van schade aan de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden is het daarnaast raadzaam een thuiswerkregeling op te stellen, in samenspraak met de ondernemingsraad. Dit mede gelet op het feit dat de thuiswerkregeling ten aanzien van verschillende aspecten het advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad raakt. Bijvoorbeeld bij gevolgen voor de arbeidstijden, arbeidsomstandighedenregeling, invoering van een personeelscontrolesysteem voor thuiswerkers of een verhuizing naar een ander pand vanwege het feit dat er minder werknemers op locatie werken. Deze thuiswerkregeling – en de uitvoering hiervan – kan de werkgever ondersteunen bij het nakomen van zijn zorgplicht door hierin afspraken op te nemen over bereikbaarheid, cyberveiligheid, privacy en controle, arboregels voor de thuiswerkplek, een verwijzing naar de RI&E en de thuiswerkvergoeding. Juist omdat de daadwerkelijke controle

op de inrichting van de thuiswerkplek door de werkgever kan wringen met de privacy van de werknemer en de AVG, is het aan te raden de werknemer een zekere keuzevrijheid hierin te geven. De ene werknemer vindt het prettig met een ergonomisch adviseur te overleggen, de andere heeft aan schriftelijke instructies – of de toetsing hiervan bij een arbeidsdeskundige – voldoende. Het is aan de werkgever om daarbij het voorkomen van schade aan de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden voorop te stellen.

Omdat een thuiswerkregeling niet alle aspecten van de zorgplicht kan ondervangen verdient thuiswerken en de inrichting/omgeving van de thuiswerkplek een vaste plaats op de agenda van de voortgangs- of beoordelingsgesprekken. Hierdoor is een zekere mate van frequentie in de 'controle' op thuiswerken door de werkgever in ieder geval aanwezig.

Meer algemeen zal de werkgever moeten aantonen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. Daarbij is reeds gebleken dat in geval van het niet geven van instructies ten aanzien van het inrichten van de thuiswerkplek en het niet ter beschikking stellen van meubilair door de werkgever, diens aansprakelijkheid gegeven kan zijn. Ditzelfde geldt voor het niet opstellen van een RI&E of – naar onze verwachting – het niet aanpassen hiervan op de situatie van structureel thuiswerkende werknemers.

Werk aan de winkel, want voorkomen is beter dan genezen.

Dit artikel is afgesloten op 19 mei 2021.

Over de auteurs



Mr. R. (Renee) Huijsmans-Zwijenburg
Advocaat bij De Clercq Advocaten Notariaat te Leiden.



Mr. Y. (Sietske) Bos-Bremmer
Juridisch medewerker bij De Clercq Advocaten Notariaat te Leiden.

⁴⁶ <https://www.tno.nl/nl/over-tno/nieuws/2021/2/kwart-thuiswerkers-na-corona-deels-thuis-blijven-werken/>