

Stibbe



Het nieuwe werken

Thuiswerken en mogelijke maatregelen tijdens en na afloop van de coronacrisis

19 juli 2021

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING 3



I. THUISWERKEN 4

Inleiding	4
Hebben werknemers een recht op thuiswerken?	4
Initiatiefwetsvoorstel 'werken waar je wilt'	7
Tijdsregistratie bij thuiswerkende werknemers	8



II. PRIVACY 11

Inleiding	11
Corona, vaccinaties en de verwerking van persoonsgegevens	11
Het monitoren van werknemers tijdens thuiswerken	13



III. LICHT AAN HET EINDE VAN DE CORONATUNNEL – MAATREGELEN TIJDENS EN NA AFLOOP VAN DE CORONACRISIS 14

Inleiding	14
Maatregelen tijdens en na afloop van de coronacrisis	14

CONTACT 18

INLEIDING

In Nederland werkt een groot deel van de werknemers op advies van de overheid alweer bijna anderhalf jaar thuis om verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Dit heeft voor nieuwe uitdagingen gezorgd voor zowel werkgevers als werknemers en ook geleid tot nieuwe arbeidsrechtelijke vragen. Deze vragen zijn in onze eerdere e-books al kort aan bod gekomen.



Op dit moment begeeft Nederland zich uit de *lockdown*. Als gevolg van het 'seizoenseffect' en de stijging van het aantal gevaccineerde mensen, is het aantal besmettingen en ziekenhuisopnames sterk gedaald. Het kabinet heeft stapsgewijs meerdere versoepelingen doorgevoerd en per 26 juni 2021 is het grootste deel van de maatregelen komen te vervallen. Dit gold tijdelijk ook voor het advies om zo veel mogelijk thuis te werken: even was het advies om maximaal 50% op kantoor te werken, tenzij de anderhalve meter maatregel niet in acht kon worden genomen. Alhoewel deze versoepeling is teruggedraaid en het thuiswerk advies voorlopig zal blijven meebewegen met het aantal besmettingen, roept de mogelijke terugkeer naar kantoor in de toekomst desalniettemin nieuwe arbeidsrechtelijke vragen op. Daarbij kan worden gedacht aan de vraag of werknemers kunnen worden verplicht om weer vijf dagen per week op kantoor te werken.

In dit e-book bespreken wij belangrijke aandachtspunten die komen kijken bij het (deels) thuiswerken, waarbij wij stilstaan bij de vraag of werknemers een recht op thuiswerken kunnen afdwingen. Ook komen de privacyrechtelijke aspecten aan bod. Tot slot verkennen wij de mogelijke maatregelen die werkgevers kunnen nemen tijdens en na afloop van de coronacrisis.



I. THUISWERKEN

Inleiding

Door de coronacrisis en de overheidsmaatregelen hebben veel werknemers ruim anderhalf jaar thuis gewerkt. De verwachting is dat werknemers vaker willen gaan thuiswerken.¹ Veel werkgevers spelen hierop in: bij sommige organisaties wordt thuiswerken de nieuwe norm, of geldt er een hybride model waarbij werknemers een aantal dagen per week vanuit thuis mogen werken. Een belangrijke vraag die in dit verband speelt, is of werknemers een recht hebben om thuis te mogen werken. Dit hoofdstuk behandelt deze vraag, waarbij de Wet flexibel werken (“Wfw”) en recente corona-rechtspraak aan bod komen. Ook bespreken wij het Initiatiefwetsvoorstel ‘werken waar je wilt’ van GroenLinks en D66, dat een recht op thuiswerken beoogt te introduceren. Wij sluiten dit hoofdstuk af met belangrijke overwegingen op het gebied van tijdsregistratie.

Hebben werknemers een recht op thuiswerken?

Wfw

Op dit moment bestaat er in Nederland geen (algemeen) recht op thuiswerken. Sinds de uitbraak van het coronavirus is geen nieuwe wet- en regelgeving van kracht geworden die (het recht op) thuiswerken regelt. Dit betekent dat voor de vraag of werknemers een recht hebben op thuiswerken, de individuele afspraken van een werkgever met zijn werknemers het uitgangspunt zijn. De huidige Wfw bevat het relevante toetsingskader indien een werknemer een verzoek tot thuiswerken wil doen. De Wfw geeft werknemers het recht om een aanpassing in de overeengekomen *arbeidsduur*, *arbeidsplaats* of *werktijd* te verzoeken. Dit recht geldt in beginsel voor alle werknemers in de private en de publieke sector die in dienst zijn bij een werkgever met tien of meer werknemers.

Sinds de uitbraak van het coronavirus is geen nieuwe wet- en regelgeving van kracht geworden die (het recht op) thuiswerken regelt

Verzoek tot thuiswerken onder de Wfw

De werknemer kan onder de Wfw een verzoek doen tot aanpassing van de arbeidsplaats. De term *arbeidsplaats* wordt daarbij gedefinieerd als “*iedere overeengekomen plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt door de werknemer*”. Een verzoek van de werknemer om thuis te mogen werken valt hieronder. Indien een werknemer thuis wil werken vanuit een andere tijdzone dan de eigen arbeidsplaats, kan het verzoek feitelijk ook een verzoek tot aanpassing van de *werktijd* inhouden.

Wat zijn de voorwaarden voor een verzoek tot thuiswerken?

De werknemer dient bij een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats de volgende voorwaarden in acht te nemen.

1. De werknemer moet ten minste 26 weken voorafgaand aan de beoogde ingangsdatum van de aanpassing in dienst zijn bij de werkgever. Voor het bepalen van de 26 werken termijn is niet van belang dat de werknemer in dat jaar ook feitelijk arbeid verricht. Zo telt een periode van zwangerschapsverlof ook mee voor het bepalen van de termijn.
2. Een werknemer dient het verzoek, behoudens onvoorziene omstandigheden, ten minste twee maanden voor het beoogde ingangsdatum van de aanpassing schriftelijk bij de werkgever in te dienen. Uit de rechtspraak volgt dat indien de werkgever geen beroep doet op een overschrijding van die termijn, het verzoek alsnog tijdig is gedaan.

¹ Dit volgt onder andere uit een [onderzoek van TNO](#) dat begin 2021 verscheen.

3. Hoewel een werknemer uiteenlopende redenen kan hebben voor het verzoek, hoeft hij het verzoek niet te motiveren. Dit betekent dat hij de redenen waarom hij de arbeidsplaats wil aanpassen, niet aan de werkgever kenbaar hoeft te maken.

Kan een werkgever een verzoek tot thuiswerken weigeren?

Ja, een werkgever kan op verschillende gronden het verzoek weigeren. Een werkgever is verplicht het verzoek om aanpassing van de arbeidsplaats te overwegen en met de werknemer te overleggen indien hij het verzoek afwijst. Dit wordt ook wel aangeduid als “*right to ask, duty to consider*”. In de praktijk kan het lastig zijn voor de werkgever om het verzoek te beoordelen indien de werknemer de redenen voor zijn verzoek niet kenbaar maakt. Indien de werkgever wordt geconfronteerd met meerdere verzoeken om aanpassing en hij niet op de hoogte van de redenen voor deze verzoeken is, is het niet mogelijk een inhoudelijke afweging tussen de verzoeken te maken. In dat geval moet de werkgever de verzoeken op volgorde van binnenkomst behandelen.

Voor het afwijzen van het verzoek tot wijziging van de arbeidsplaats is dus niet vereist dat er sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die zich verzetten tegen inwilliging. Bovendien kan de werkgever zijn beslissing herzien op grond van ná die beslissing opgekomen belangen ten aanzien van de arbeidsplaats. Tot slot geldt dat indien de situatie ontstaat dat één verzoek niet tot bezwaren leidt, maar meerdere verzoeken tegelijkertijd wel, de werkgever in overleg met de betrokken werknemers tot een oplossing zal moeten komen.

Al met al geldt dat werknemers onder de Wfw geen algemeen recht op thuiswerken hebben. In het **Initiatiefwetsvoorstel ‘werken waar je wilt’** wordt voorgesteld dit te wijzigen. Deze wijzigingen worden verderop in dit hoofdstuk besproken.

Een werkgever is verplicht het verzoek om aanpassing van de arbeidsplaats te overwegen en met de werknemer te overleggen indien hij het verzoek afwijst

Corona-rechtspraak

Sinds de uitbraak van het coronavirus is er een aantal uitspraken verschenen waarin het recht op thuiswerken centraal staat. Deze uitspraken bevestigen dat werknemers geen algemeen recht op thuiswerken hebben – zelfs niet als er een pandemie heerst. Dat er het afgelopen anderhalf jaar volop vanuit huis werd gewerkt, maakt dat niet anders. Dit volgt onder andere uit twee recente uitspraken, die hieronder worden besproken.

*Rechtbank Gelderland 16 juni 2020, **ECLI:NL:RBGEL:2020:2954***

De werknemer vordert bij de kantonrechter om vanuit huis te mogen werken. Dit doet hij allereerst op grond van de Wfw. De kantonrechter wijst deze vordering af, omdat de werkgever minder dan tien werknemers in dienst heeft. Een verzoek om aanpassing van de arbeidsplaats op grond van de Wfw is immers niet van toepassing op werkgevers met minder dan tien werknemers (artikel 2 lid 16 Wfw). De werknemer vordert subsidiair dat zijn arbeidsplaats wordt gewijzigd. De werkgever roept namelijk enkele maanden na de uitbraak al zijn werknemers terug naar kantoor. De werknemer kan dit niet rijmen met het dan geldende overheidsadvies dat er zo veel mogelijk vanuit huis dient te worden gewerkt. Volgens hem zijn er te veel collega's op kantoor en worden de maatregelen niet goed nageleefd. De kantonrechter wijst deze vordering af en overweegt dat de werkgever in verband met de coronacrisis meerdere maatregelen heeft genomen om een veilige werkplek te waarborgen. Verder heeft de werkgever onweersproken gesteld en uitgelegd dat de desbetreffende werknemer nodig is op kantoor, voor het aannemen en verwerken van bestellingen en de begeleiding van een andere collega.

Zoals gezegd, de Wfw kent geen algemeen recht op thuiswerken. Bovenstaande uitspraak bevestigt dat ook tijdens de coronaperiode geen recht op thuiswerken bestaat. Dat werknemers – op advies van de overheid – zoveel mogelijk thuis moeten werken, maakt dat niet anders. Een werkgever kan nog altijd gebruik maken van zijn instructiebevoegdheid. Hierbij is het voor werkgevers van belang om maatregelen te nemen om een veilige werkplek te waarborgen.

Rechtbank Oost-Brabant 12 februari 2021, [ECLI:NL:RBOBR:2021:840](#)

In deze uitspraak doet een werknemer vanwege de gevolgen van de uitbraak van het coronavirus een verzoek om vanuit huis te mogen werken. Volgens deze werknemer kan hij prima thuiswerken en wordt dat door de regering wenselijk gevonden. De werkgever weigert het verzoek. Dit zorgt ervoor dat de spanningen tussen partijen, die er al waren tijdens het re-integratieproces waarin zij zich bevonden, nog hoger oplopen. De werkgever verzoekt de rechter dan ook de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Ten aanzien van het verzoek om thuis te mogen werken overweegt de rechter dat een dergelijk verzoek niet onbegrijpelijk is. Het nadrukkelijke advies vanuit de regering was op dat moment om zoveel mogelijk thuis te werken. De rechter overweegt echter dat het besluit van de werkgever redelijk is. De werknemer is de enige systeembeheerder in het bedrijf. Daarnaast is het in beginsel aan de directie van de werkgever voorbehouden om beslissingen te nemen die zij in het belang van een goede bedrijfsvoering noodzakelijk vindt. Dat de werknemer een andere afweging zou maken, maakt dat niet anders. Hoewel de rechter vraagtekens zet bij de weigering van het verzoek van de werknemer om thuis te mogen werken (een stellig “nee”), maakt dat de beslissing van de werkgever niet ernstig verwijtbaar. Tot slot overweegt de rechter dat het verzoek van de werknemer vooral praktisch van aard is. De schoolgaande kinderen kwamen thuis te zitten en de partner kon als receptioniste niet vanuit huis werken. Niet gebleken is dat een vrees voor de gezondheid van de werknemer aanleiding was voor het thuiswerkverzoek.

De wens van een werknemer om conform het overheidsadvies zo veel mogelijk thuis te werken, is op zichzelf begrijpelijk, maar een werkgever kan goede redenen hebben om toch van dat advies af te willen wijken

Ook deze uitspraak laat zien dat er geen algemeen recht op thuiswerken bestaat voor werknemers. De wens van een werknemer om conform het overheidsadvies zo veel mogelijk thuis te werken, is op zichzelf begrijpelijk, maar een werkgever kan goede redenen hebben om toch van dat advies af te willen wijken. Het is aan een werkgever om te bepalen wat die redenen zijn. Hij bepaalt immers wat voor een goede bedrijfsvoering noodzakelijk is. Dat een werknemer het daar niet mee eens is en een andere zienswijze heeft, maakt dat niet anders.

Kortom: hebben werknemers onder de Wfw een recht op thuiswerken?

De Wfw en de corona-rechtspraak over thuiswerken zijn helder: werknemers hebben geen algemeen recht op thuiswerken. De coronacrisis heeft daar geen verandering in gebracht. Het algemeen geformuleerde overheidsadvies om zoveel mogelijk thuis werken gaat niet zo ver dat een werknemer in alle gevallen een recht op thuiswerken heeft. Werkgevers mogen beslissingen nemen die zij noodzakelijk voor de bedrijfsvoering achten, zoals het eisen van werknemers dat zij op kantoor moeten werken. Het feit dat werknemers de afgelopen anderhalf jaar thuis hebben gewerkt, leidt dan ook niet tot een verworven recht op thuiswerken. Een werknemer kan op grond van de Wfw zijn werkgever verzoeken om thuis te mogen werken. Een werkgever moet het verzoek overwegen en in overleg treden met de werknemer indien hij het verzoek afwijst, waarbij niet is vereist dat er sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die zich tegen inwilliging van dit verzoek verzetten. Bovendien kan de werkgever zijn beslissing herzien op grond van ná die beslissing opgekomen belangen ten aanzien van de arbeidsplaats. Dit voor werkgevers gunstige toetsingskader is op dit moment nog altijd – ook na corona – van toepassing.

In de volgende paragraaf wordt het Initiatiefwetsvoorstel ‘werken waar je wilt’ besproken. Hierin wordt beoogd dit voor de werkgever gunstige toetsingskader te wijzigen. Werkgevers hebben hun bedenkingen geuit bij het wettelijk verankeren van het recht op thuiswerken:² het is volgens hen overbodig om hier een wettelijk recht van te maken, omdat afspraken over thuiswerken in goed onderling overleg zouden moeten plaatsvinden. Dit gebeurt nu ook al, bijvoorbeeld in cao's. Een meerderheid (60%) van de werkgevers wil na de coronacrisis graag het hybride werken vasthouden, oftewel een mix tussen deels thuis en deels op kantoor werken.

² Zie het recente [rapport](#) van de AWWN (Hybride werken wordt het nieuwe normaal – met andere vergoedingen).

Initiatiefwetsvoorstel 'werken waar je wilt'

Doel van het initiatiefwetsvoorstel

Het initiatiefwetsvoorstel van D66 en GroenLinks beoogt een wijziging aan te brengen in de hiervoor besproken Wfw. Volgens de initiatiefnemers is het recht op aanpassing van de arbeidsplaats minder goed verankerd in de wet dan het recht op aanpassing van *werktijden of arbeidsuren*. Het initiatiefwetsvoorstel zou dit moeten gelijktrekken. De huidige situatie waarbij veel werknemers nagenoeg volledig thuiswerken is daarbij niet de beoogde standaard, maar de coronacrisis geeft wel aanleiding om te streven naar een nieuwe standaard. Hierbij zal een weer een evenwicht moeten worden gevonden tussen werken op kantoor en thuiswerken.

Wat zijn de gevolgen van het initiatiefwetsvoorstel?

Door het initiatiefwetsvoorstel wordt het voor een werkgever moeilijker om een verzoek tot thuiswerken af te wijzen. In de huidige situatie heeft een werkgever een relatief grote vrijheid bij het beoordelen van een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats. Er zijn geen inhoudelijke criteria en de werkgever is, zoals gezegd, alleen verplicht om het verzoek te overwegen en in overleg te treden met de werknemer bij afwijzing.

Het initiatiefwetsvoorstel verandert dit uitgangspunt: de werkgever dient het verzoek in te willigen, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich hiertegen verzetten. De bewijslast hiervan ligt bij de werkgever. Bij afwijzing van het verzoek dient de werkgever te motiveren waarom sprake zou zijn van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die zich tegen inwilliging van het verzoek verzetten. Dit is opmerkelijk: uit de parlementaire geschiedenis komt immers naar voren dat de wetgever bij de

totstandkoming van de Wfw dit zwaardere regime expliciet heeft willen uitsluiten. De wetgever **betoogde** dat de mogelijkheid om de arbeidsplaats te wijzigen voor de werkgever aanzienlijke verantwoordelijkheden met zich mee brengt die niet spelen ten aanzien van de arbeidstijd. Zo dient de werkgever te voldoen aan de Arboregels op de alternatieve werkplek. Om die reden werd een zwaarder regime onwenselijk geacht. Wij denken dat dit argument – ook in de huidige tijd – nog steeds geldig is.

Het initiatiefwetsvoorstel maakt het voor een werkgever moeilijker om een verzoek tot thuiswerken af te wijzen

Kan een werkgever een verzoek tot thuiswerken nog weigeren?

Het initiatiefwetsvoorstel zorgt niet voor een algemeen recht op thuiswerken voor werknemers. Het verzoek van een werknemer wordt in beginsel gehonoreerd, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich hiertegen verzetten. Dat een werknemer tijdens de coronacrisis thuis heeft kunnen werken, hoeft niet te betekenen dat er geen sprake kan zijn van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Het laten thuiswerken heeft immers om een bijzondere inspanning van beide partijen gevraagd. Een verzoek van een werknemer dient daarom te worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden die op het moment van het verzoek gelden.

Bij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen kan gedacht worden aan economische, technische of operationele belangen die ernstig zouden worden geschaad indien het verzoek zou worden gehonoreerd. Ook het behoud van sociale cohesie op de werkvloer zou mogelijk een voldoende zwaarwegend bedrijfsbelang kunnen vormen. Verder kan de omstandigheid dat een werkgever in verhouding bijzonder zware lasten moeten dragen om thuiswerken mogelijk te maken, kunnen kwalificeren als een zwaarwegend bedrijfsbelang. In situaties van plaatsgebonden arbeid – zoals het werken in een fabriek – kan een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang sneller worden aangenomen.

Mogen werknemers dan overal werken?

Hoewel het Initiatiefwetsvoorstel 'werken waar je wilt' heet, faciliteert dit niet dat werknemers overal ter wereld mogen werken. De arbeidsplaatskeuze is beperkt tot het werken op een werklocatie van waaruit gebruikelijk werkzaamheden worden verricht voor de werkgever (bijvoorbeeld een ander filiaal van dezelfde onderneming) of het adres waar de werknemer woont. Deze plekken moeten zich bevinden op het grondgebied van de Europese Unie.

Volgens de initiatiefnemers wordt op deze manier voldoende ruimte geboden aan de werknemer om een keuze te maken in de werkplek, terwijl ook werkgevers worden tegemoetkomen indien zij zouden worden geconfronteerd met hoge kosten omdat werknemers overal in de wereld zouden gaan werken.

In hoeverre is het initiatiefwetsvoorstel noodzakelijk?

De Afdeling advisering van de Raad van State (de “**Afdeling**”) heeft zich kritisch uitgelaten over het wetsvoorstel. De noodzaak van het wetsvoorstel zou vooralsnog niet duidelijk zijn. In haar **advies van 18 februari 2021** schrijft de Afdeling dat het in Nederlandse arbeidsaangelegenheden in eerste instantie aan de werkgever en werknemer is om afspraken te maken. Hierbij wordt rekening gehouden met de belangen en inbreng van de werknemer. Daarnaast is het gebruikelijk dat in cao’s hierover afspraken worden gemaakt. Wetgeving komt pas in beeld indien zich structurele knelpunten voordoen waar de praktijk niet goed uitkomt. De vraag rijst dan ook waarom er nu al een rol voor de wetgever zou liggen, aldus de Afdeling. Voorts schrijft de Afdeling dat de mogelijkheden voor de werkgever om het verzoek af te wijzen worden beperkt. Daarmee zou het gesprek tussen werkgever en werknemer in een bepaalde richting worden gestuurd. Het is dan ook niet duidelijk of het initiatiefwetsvoorstel een bijdrage levert aan het faciliteren van de dialoog tussen werkgever en werknemer.

Gelet op de vergaande gevolgen voor de werkgever is het nog niet zeker of het initiatiefwetsvoorstel aangenomen gaat worden.

Tijdsregistratie bij thuiswerkende werknemers

Werkgevers zijn verplicht om te registreren hoeveel tijd hun werknemers werken

Werkgevers zijn verplicht om te registreren hoeveel tijd hun werknemers werken. Het gaat hier om een wettelijke verplichting, die voortvloeit uit de Arbeidstijdenwet (“**Atw**”) én uit de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (“**WML**”). Hieronder lichten wij toe wat deze verplichting precies inhoudt, wat de gevolgen zijn indien de werkgever deze verplichting niet nakomt en hoe werkgevers deze verplichting kunnen nakomen bij werknemers die vanuit huis werken.

De Atw

De Atw schrijft in artikel 4:3 lid 1 voor dat de werkgever de arbeids- en rusttijden dient te registreren. Het doel van deze verplichting is om ervoor te zorgen dat de toezichthouder – de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (“**ISZW**”) – kan controleren of de werkgever de verplichtingen uit de Atw met betrekking tot onder andere het maximale aantal werkuren per dag en per week en minimale rusttijden naleeft. Met andere woorden: de werkgever moet een registratie kunnen overleggen aan de hand waarvan de ISZW kan bepalen of de werknemers niet te veel hebben gewerkt.

De Atw bepaalt niet op welke wijze een werkgever aan deze registratieverplichting moet voldoen en welke gegevens precies moeten worden geregistreerd. Uit de toelichting bij de **Beleidsregel boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit 2013** blijkt dat de werkgever minimaal de volgende informatie moet registreren:

1. de starttijd;
2. de eindtijd;
3. de tussenliggende pauzes; en
4. de identiteit van de werknemer.

De wijze van registreren is vormvrij: de werkgever mag deze gegevens in theorie met pen op een A4'tje schrijven. Waar het om gaat, is dat de werkgever deze gegevens kan overleggen indien de ISZW hierom verzoekt. De werkgever moet de registratie minimaal één jaar bewaren.

Belangrijk is dat deze verplichting niet geldt voor werknemers die meer dan drie keer het wettelijk geldende minimumloon verdienen. Voor 2021 komt dat neer op circa € 5.050 bruto per maand. Voor werknemers met een bruto maandloon onder deze grens, geldt deze registratieverplichting onverkort.

WML

Naast de Atw bepaalt ook de WML in artikel 18b lid 2 sub c dat een werkgever moet bijhouden hoeveel uur zijn werknemers hebben gewerkt. De werkgever is volgens dit artikel in overtreding van de WML indien hij op verzoek van de ISZW geen bescheiden kan overleggen “*waaruit blijkt hoeveel uren de werknemer heeft gewerkt*”.

Deze verplichting geldt vanaf 1 januari 2018 en is in de WML opgenomen naar aanleiding van een discussie over het geldende wettelijk minimumloon bij werknemers die op basis van een stukloon worden betaald. De registratieverplichting is echter uitdrukkelijk niet beperkt tot werknemers die op basis van stukloon worden betaald, maar geldt voor alle werknemers.

Inhoudelijk is de registratieverplichting uit de WML vergelijkbaar met de registratieverplichting uit de Atw. Sterker nog: de wetgever heeft bij de inwerkingtreding van artikel 18b lid 2 sub c WML overwogen dat dit geen nieuwe verplichting is, omdat werkgevers op grond van de Atw al verplicht zijn om de arbeids- en rusttijden van hun werknemers te registreren. De introductie van de registratieverplichting in de WML heeft echter wel degelijk een belangrijk gevolg: deze verplichting geldt voor alle werknemers: er is geen uitzondering opgenomen voor hoogbetaalde werknemers. Dit betekent concreet dat werkgevers met ingang van 1 januari 2018 verplicht zijn om voor al hun werknemers de werktijd bij te houden.

Wat zijn de gevolgen van niet-naleving van de registratieverplichting?

De gevolgen bij niet-naleving van de registratieverplichting zijn niet mals. Bij zowel de Atw als de WML is in een **aparte beleidsregel** uitgewerkt welke sancties kunnen worden opgelegd bij overtreding van de desbetreffende registratieverplichting.

- Bij niet-naleving van de registratieverplichting uit artikel 4:3 lid 1 Atw kan de ISZW een bestuurlijke boete opleggen. De hoogte van de boete is afhankelijk van meerdere omstandigheden, waaronder het aantal werknemers waarvoor de overtreding wordt vastgesteld en de grootte van de werkgever. De maximale boete die kan worden opgelegd is € 270.000.
- Ook bij niet-naleving van de registratieverplichting uit artikel 18b lid 2 sub c WML kan de ISZW een bestuurlijke boete opleggen, waarbij de hoogte van de boete wederom afhankelijk is van diverse omstandigheden waaronder het aantal werknemers waarvoor de overtreding wordt vastgesteld. De bestuurlijke boete is in dit geval niet gemaximeerd en kan dus flink oplopen.
- Naast de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete, kan de ISZW bij recidive de werkgever ook verplichten om zijn werkzaamheden voor een maximale periode van drie maanden stil te leggen. Hoewel deze sanctie alleen wordt opgelegd nadat de werkgever bij een eerdere overtreding voor deze mogelijke sanctie is gewaarschuwd, laat dit wel zien dat niet-naleving van de registratieverplichting tot zeer ernstige sancties kan leiden.

Bij niet-naleving van de registratieverplichting kan de ISZW een bestuurlijke boete opleggen

Tijdsregistratie bij thuiswerken

De registratieverplichtingen uit de Atw en de WML gelden onverkort voor werknemers die thuis werken. Dat kan tot praktische problemen leiden. Als een werknemer op de locatie van de werkgever werkt, dan zal het over het algemeen gemakkelijker zijn voor de werkgever om de tijd te registreren (door middel van een toegangspas bijvoorbeeld). Bij thuiswerkers is dit al veel moeilijker. Hoe registreer je als werkgever wanneer een werknemer thuis inlogt? Hoe bepaal je als werkgever dat een werknemer inlogt om te gaan werken, of om bijvoorbeeld online boodschappen te doen?

Er zijn grofweg twee manieren te onderscheiden om de arbeids- en rusttijden van thuiswerkende werknemers te registreren. Beide manieren hebben voor- en nadelen.

1. De werkgever kan aan de werknemers vragen om de werktijd te registreren. Er zijn tal van softwareprogramma's waarin werknemers hun werktijd kunnen registreren. Het nadeel van deze methode is dat de verantwoordelijkheid bij de werknemer wordt neergelegd en dat de werkgever er dus vanuit moet kunnen gaan dat werknemers hun tijd op juiste wijze registreren. Als de werkgever zijn werknemers juist instrueert over het gebruik van tijdregistratiesoftware, dan geldt in het algemeen dat de werkgever er ook vanuit mag gaan dat de werknemers de software goed

gebruiken. Een belangrijk voordeel van deze methode is dat er relatief weinig inbreuk wordt gemaakt op de privacy van de werknemer.

2. De werkgever kan gebruik maken van proactieve software. Dit is software die zelf bijhoudt wanneer een werknemer aan het werk is. Ook hier geldt dat er tal van softwareprogramma's zijn die een dergelijke functie hebben. Deze methode luistert echter nauw: het is belangrijk dat deze software een onderscheid kan maken tussen werktijd en privé-tijd. De software moet met andere woorden een onderscheid maken wanneer iemand echt aan het werk is, en wanneer iemand online aan het shoppen is. De eerste tijd moet wel worden geregistreerd, de tweede tijd niet. Dat is technisch wel mogelijk, bijvoorbeeld door de software te koppelen aan het gebruikmaken van bepaalde programma's. Voor veel werknemers zal deze software echter voelen als een vergaande inbreuk op hun privacy.

Kortom: het registreren van de arbeidstijd van thuiswerkende werknemers is niet altijd zo eenvoudig. Hier komt bij dat de ondernemingsraad in de regel ingevolge artikel 27 Wet op de ondernemingsraden ("**WOR**") een instemmingsrecht heeft ten aanzien van de wijze waarop de werkgever de arbeidstijd wil gaan registreren. Dit alles maakt dat werkgevers er goed aan doen om goed na te denken over de wijze waarop zij de arbeidstijd van thuiswerkende werknemers willen registreren.



II. PRIVACY

Inleiding

De Initiatiefwet ‘werken waar je wilt’ zou ervoor kunnen zorgen dat werknemers zowel op kantoor als thuis gaan werken. In beide situaties spelen interessante privacyrechtelijke vraagstukken. Voor het veilig werken op kantoor is het belangrijk dat alle werknemers gezond en (corona)klachtenvrij zijn. Om hier enigszins op te kunnen toezien, kan het zijn dat werkgevers maatregelen willen nemen waarbij gezondheidsgegevens van werknemers worden verwerkt, bijvoorbeeld bij testen of registratie van vaccinatie of coronaklachten. Bij het thuiswerken zouden werkgevers wellicht toezicht willen houden op de productiviteit van werknemers, waarbij persoonsgegevens van werknemers worden verwerkt via digitale monitoringstechnieken. Dit hoofdstuk gaat dieper in op de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden zulk soort verwerkingen van persoonsgegevens van werknemers gerechtvaardigd zijn.

Corona, vaccinaties en de verwerking van persoonsgegevens

Mag een werkgever aan werknemers vragen of en registreren dat zij (corona)klachten hebben bij ziekmelding?

Indien een werkgever vraagt of en registreert dat werknemers coronaklachten hebben, dan verwerkt de werkgever gevoelige persoonsgegevens: gezondheidsgegevens. De Algemene Verordening Gegevensbescherming (“**AVG**”) biedt enige ruimte voor het verwerken van gezondheidsgegevens, bijvoorbeeld in het kader van de volksgezondheid, een zwaarwegend algemeen belang, of een vitaal belang van een betrokkene. De Europese privacy toezichthouder (“**EDPB**”) ziet de volksgezondheid en de vitale belangen van betrokkene als een geschikte uitzonderingsgrond voor het verwerken van gezondheidsgegevens door werkgevers in het kader van het coronavirus. In de overwegingen van de AVG wordt immers als specifiek voorbeeld hiervan ‘controle van een epidemie’ genoemd.

Bij het thuiswerken zouden werkgevers wellicht toezicht willen houden op de productiviteit van werknemers, waarbij persoonsgegevens van werknemers worden verwerkt via digitale monitoringstechnieken

Een dergelijke verwerking moet noodzakelijk en nader bij wet bepaald zijn. Daar zit een pijnpunt voor de Nederlandse toepassing. Zo heeft de Autoriteit Persoonsgegevens (“**AP**”) in het kader van alcohol- en drugstesten gesteld dat de algemene plicht van de werkgever om een veilige werkplek te waarborgen (artikel 5 Arbeidsomstandighedenwet) niet voldoende specifiek is. Ook de Nederlandse uitvoeringwet van de AVG (“**UAVG**”) maakt verwerking van gezondheidsgegevens van werknemers lastig. Sommige grondslagen uit de AVG werken niet rechtstreeks of zijn in meer beperkte vorm overgenomen. De AVG biedt dus weliswaar enige ruimte, maar door de huidige invulling van de AP en door de beperkte implementatie van de AVG in de UAVG is een dergelijke verwerking in Nederland niet toegestaan.

De AP realiseert zich enerzijds dat in deze bijzondere omstandigheden het redden van levens topprioriteit is. Anderzijds zegt de AP expliciet dat ook in het geval van (een vermoeden van) het coronavirus, gezondheidsgegevens niet door de werkgever verwerkt mogen worden. Het is – volgens de AP – de werkgever niet toegestaan te informeren naar de aard en oorzaak van de ziekte van een werknemer. Enkel de arbodienst of bedrijfsarts mag deze medische gegevens verwerken. Wel mag de werkgever – in deze bijzondere omstandigheden – de werknemer naar huis sturen wanneer deze verkoudheids- of griepverschijnselen vertoont of als de werkgever twijfels heeft over de gezondheid van de werknemer.

De werknemer speelt hier zelf ook een rol in. Goed werknemerschap (artikel 7:611 BW) brengt mee dat van werknemers mag worden verwacht dat zij hun eigen gezondheid beoordelen en niet de veiligheid van collega's in gevaar brengen door met (corona)klachten op de werkvloer te verschijnen. Een werkgever mag dus eisen van werknemers dat zij niet op werk verschijnen met symptomen die kunnen duiden op het coronavirus.

Daarnaast was het altijd al toegestaan om ziekteverzuim te registreren en te vragen aan de zieke werknemer wanneer hij verwacht weer aan het werk te kunnen. Daarbij mag door de werkgever niet worden vastgelegd welke gezondheidsklachten een werknemer heeft – dit is een taak die is voorbehouden aan de huis- en/of bedrijfsarts.

Mag een werkgever registreren of zijn werknemers gevaccineerd zijn tegen corona?

De AP geeft aan niets te kunnen zeggen over de vraag of werkgevers aan hun werknemers mogen vragen of ze gevaccineerd zijn. De AP kan immers alleen iets zeggen over de (deels) geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens.

Wanneer een werkgever echter digitaal *registreert* dat werknemers gevaccineerd zijn, dan verwerkt deze werkgever volgens de AP persoonsgegevens, en dan in het bijzonder gezondheidsgegevens. Net als bij de registratie door de werkgever van coronaklachten, meent de AP dat de huidige wetgeving geen specifieke basis biedt voor werkgevers om gegevens over coronavaccinaties van werknemers te registreren. Daarnaast mogen persoonsgegevens volgens de AVG slechts worden verwerkt voor een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel (artikel 5 AVG) en heeft de werkgever op dit moment – zo stelt de AP – niet een zodanig gerechtvaardigd doel. Volgens het RIVM is het namelijk nog onzeker of gevaccineerde personen besmettelijk zijn en maakt het dus qua risico en inzetbaarheid niet uit of een werknemer gevaccineerd is of niet.

De AP zegt bij dit onderwerp aan te sluiten bij de regering, die heeft aangegeven dat de vaccinatie vrijwillig is. Indien werknemers die zich hebben laten vaccineren meer rechten krijgen dan werknemers zonder vaccinatie, kan dit volgens de AP ertoe leiden dat werknemers zich verplicht voelen zich te laten vaccineren. Dit lijkt niet volledig overeen te komen met het **advies van de Gezondheidsraad** en het

kabinetsstandpunt met betrekking tot vaccinatiebewijzen, waarin de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport heeft aangegeven duidelijkheid te gaan bieden aan private partijen over situaties waarin het wél gerechtvaardigd is een vaccinatiebewijs te vragen. Gedacht moet worden aan wetgeving, zelfregulering of andere vormen van bescherming.

Controleren of een werknemer corona heeft, is voorbehouden aan de (bedrijfs)arts

Mag een werkgever zijn werknemers controleren op het coronavirus, bijvoorbeeld door lichaamstemperatuur te meten?

De AP geeft aan dat temperaturen als toegangscontrole meestal onder de werking van de AVG valt. In dat geval is het meten van temperaturen van werknemers door de werkgever niet toegestaan. Controleren of een werknemer corona heeft is voorbehouden aan de relevante (bedrijfs)arts. De AP komt hiertoe omdat temperatuur iets zegt over de gezondheid van de werknemer. Dit zijn gevoelige persoonsgegevens die op basis van de wet alleen in beperkte gevallen verwerkt mogen worden. Volgens de AP mag de werkgever wel aan werknemers vragen om hun eigen temperatuur te meten in een afgescheiden ruimte, waarna de werknemer zelf de keuze wordt gegeven om zich wel of niet ziek te melden bij een verhoging.

Het is daarnaast niet helemaal uitgesloten dat op koorts kan worden gecontroleerd zonder dat de AVG in zicht komt. Afhankelijk van de wijze van uitvoering, is het denkbaar dat er geen sprake is van een verwerking die binnen de reikwijdte van de AVG valt. Waar de AP er aan het begin van 2021 nog vanuit ging dat per definitie een zekere gegevensverwerking plaatsvindt die binnen de reikwijdte van de wet valt, heeft de AP deze zienswijze inmiddels aangepast. Indien (i) de temperatuur niet wordt opgenomen in een bestand; (ii) de meting niet geautomatiseerd plaatsvindt (zoals bij een warmtecamera); en (iii) de verwerking geen geautomatiseerd gevolg heeft (zoals poortjes die automatisch openen), is de AVG niet van toepassing en is geen sprake van handhaving door de AP.

Mag een werkgever een coronasneltest doen of eisen als toegangscontrole?

Ook hier geldt dat de werkgever coronatests kan uitvoeren die buiten de materiële reikwijdte van de AVG vallen. De AP geeft hiervoor de volgende richtlijnen:

1. de testuitslag mag niet worden opgenomen in een bestand;
2. de sneltest mag niet geautomatiseerd plaatsvinden, zoals door middel van elektronische analyseapparatuur; en
3. de verwerking heeft geen geautomatiseerd gevolg, zoals bijvoorbeeld het digitaal vastleggen van de testuitslag.

Het monitoren van werknemers tijdens thuiswerken

Mag een werkgever de productiviteit van werknemers meten bij thuiswerken?

Met het thuiswerken tijdens de coronatijd is het gebruik van datagedreven technologieën die de werkprestaties van werknemers meten, toegenomen. 'Bossware' kan elke handeling op een laptop van de werknemer volgen. Dit is niet toegestaan op grond van de AVG.

De AP heeft in eerdere onderzoeken specifiek beleid gevormd over het monitoren van werknemers. De AP heeft daarin verwoord dat het monitoren is toegestaan, maar alleen als de werkgever kan aantonen dat (i) het monitoren noodzakelijk is; (ii) hij een gerechtvaardigd belang heeft bij het monitoren; en (iii) zijn belang bij het meten van productiviteit groter is dan het belang van werknemers bij het beschermen van hun privacy.

Het verbeteren van de productiviteit van werknemers kan een gerechtvaardigd belang zijn voor de werkgever. Het constant monitoren van het gebruik van (computer)systemen van werknemers die thuiswerken, in plaats van bijvoorbeeld een willekeurige controle, wordt echter uitdrukkelijk niet legitiem geacht. De impact op de privacy van de werknemer bij het inzetten van monitoringtools om

hun activiteiten bij te houden is te groot om de verwerking te kunnen rechtvaardigen. De vraag of de apparatuur het eigendom is van de werkgever of van de werknemer is daarbij niet relevant. Zeker wanneer de resultaten van het monitoren worden gebruikt als onderdeel van het besluitvormingsproces bij het ontslaan van werknemers, dan weegt de privacy van betrokkenen (fors) zwaarder dan de belangen van de werkgever.

Het verbeteren van de productiviteit van werknemers kan een gerechtvaardigd belang zijn voor de werkgever

Indien een werkgever toch besluit om een zekere vorm van monitoren toe te passen, moet ingevolge artikel 27 WOR voorafgaande instemming van de ondernemingsraad worden verkregen. Werknemers moeten bovendien voldoende duidelijk worden geïnformeerd over de monitoring, bijvoorbeeld via een privacy policy.

Hoe zit het met handhaving van en toezicht op de toepassing van monitoringsoftware?

De AP houdt toezicht op het monitoren van werknemers. De gegevens die worden verzameld door de toepassing van monitoringsoftware kunnen direct worden gelinkt aan individuele medewerkers en zijn daarom te beschouwen als persoonsgegevens in de zin van de AVG. Het onrechtmatig en disproportioneel verwerken van persoonsgegevens is een overtreding van de AVG. Met betrekking tot de monitoringsoftware biedt de Arbeidsomstandighedenwet geen grondslag voor de ISZW om toezicht te houden op dergelijke controlemechanismen.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid lichtte in zijn antwoord op Kamervragen over het monitoren van thuiswerkers toe dat er in de periode van 1 januari tot en met 1 december 2020 hierover veertien klachten zijn ontvangen. Drie daarvan zijn afgehandeld. Voor één van deze klachten is een gesprek gevoerd met de organisatie om uit te leggen wat de regels zijn. Voor een andere klacht heeft de AP de klager erop gewezen welke stappen hij zelf in eerste instantie kan nemen richting de organisatie om het probleem op te pakken. Elf klachten worden nog door de AP bekeken.



III. LICHT AAN HET EINDE VAN DE CORONATUNNEL – MAATREGELEN TIJDENS EN NA AFLOOP VAN DE CORONACRISIS

Inleiding

In dit hoofdstuk bespreken wij enkele maatregelen die werkgevers kunnen overwegen om de negatieve financiële gevolgen van de coronacrisis te beperken. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de mogelijkheid om alsnog afspraken te maken met werknemers over niet gebruikte vakantiedagen of om niet gewerkte uren in te halen.

Maatregelen tijdens en na afloop van de coronacrisis

Nu de lockdown tot een einde komt, zullen veel werkgevers hun bedrijfsvoering weer volledig kunnen hervatten. Toch zal de opgelopen schade voor veel werkgevers niet eenvoudig goed te maken zijn. De vraag rijst welke arbeidsrechtelijke maatregelen voor werkgevers openstaan om alsnog kostenbesparingen door te voeren. Zo kwam recentelijk in een kort geding de vraag aan de orde in hoeverre Wibra werknemers onbetaald uren mocht laten inhalen die de werknemers gedurende de lockdown niet konden werken. Hieronder komen het juridisch kader en de haalbaarheid van deze en vergelijkbare kostenbesparende arbeidsrechtelijke maatregelen aan bod.

Niet gewerkte min-uren inhalen

Wibra was een van de vele winkels die tijdens de pandemie noodgedwongen haar deuren moest sluiten. Om de gevolgen van de winkelsluiting te overbruggen, heeft Wibra haar werknemers voor minder uren ingeroosterd. Wibra vroeg haar werknemers vervolgens om de als gevolg daarvan opgebouwde 'min-uren' in de rest van het jaar 2021 in te halen. Wibra beroept zich hierbij op de cao Retail non-food, die de mogelijkheid geeft om een gemiddeld aantal basisuren per week af te spreken en overeen te komen dat de werkgever binnen een bandbreedte van + en – 35% ten opzichte van het aantal basisuren de werknemer kan verplichten wekelijks meer of minder arbeidsuren te werken. Als aan het einde van een referteperiode (12 maanden) meer is gewerkt dan het aantal voor de referteperiode berekende basisuren, dan betaalt de werkgever de meer gewerkte uren aan de werknemer uit. Als aan het einde van een referteperiode minder is gewerkt dan het aantal voor de referteperiode berekende basisuren, dan komen deze min-uren te vervallen en hoeft de werknemer deze niet in te halen door in de periode erna meer te werken.

Nu de lockdown tot een einde komt, zullen veel werkgevers hun bedrijfsvoering weer volledig kunnen hervatten

Volgens de FNV – die geen partij is bij deze cao – is de werkwijze van Wibra niet toegestaan en zij vordert bij de kantonrechter dat Wibra de min-uren laat vervallen. Volgens de FNV wordt het risico van het niet kunnen werken tijdens de verplichte winkelsluiting alsnog bij de werknemers gelegd, doordat werknemers onbetaald extra uren moeten werken, terwijl dit op grond van artikel 7:628 BW tot het risico van Wibra behoort. De FNV erkent dat artikel 4 van de cao de mogelijkheid biedt om werkgevers flexibel in te zetten, zoals voor het opvangen van zogenaamde 'piek- en ziek-uren', maar bestrijdt dat deze mogelijkheid

ook geldt bij buitengewone omstandigheid als de coronapandemie. Tot slot geeft de FNV aan dat Wibra gebruik heeft gemaakt van de NOW-regeling. In het licht daarvan is het schrijven van min-uren, waarvan de loonkosten van die uren geheel of gedeeltelijk zijn gecompenseerd, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

De kantonrechter **overweegt** dat de situatie van artikel 7:628 BW zich hier niet voordoet. Wibra heeft immers het overeengekomen vaste bedrag aan loon volledig voldaan – ook toen er geen werk beschikbaar was. Bovendien oordeelt de rechter dat uitleg van de cao niet meebrengt dat artikel 4 van

de cao niet uitsluitend in het kader van 'ziek-en-piek' mag worden toegepast: de bandbreedte van de regeling (+ en – 35% van het aantal basisuren) voorziet wel degelijk in het opvangen van substantiële pieken en dalen. Met betrekking tot de NOW-regeling overweegt de kantonrechter dat de subsidies volledig zijn aangewend voor de betaling van de overeengekomen (basis)lonen van de werknemers. Indien de werknemers wél hun gemiddeld aantal uren hadden gewerkt en Wibra omzetverlies had geleden, had zij ook van de NOW-regeling gebruik kunnen maken om aan haar loonbetalingsverplichting te kunnen voldoen.

Uit deze uitspraak volgt niet dat werkgevers *altijd* hun werknemers uren kunnen laten inhalen. Het uitgangspunt blijft artikel 7:628 BW, waarbij de werkgever verplicht is het loon te blijven voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het (gedeeltelijk) niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Of werkgevers hun werknemers uren kunnen laten inhalen, blijft afhankelijk van wat er in de cao of individuele arbeidsovereenkomst is geregeld. In deze specifieke situatie was het loon steeds volledig voldaan, ook toen er geen werk beschikbaar was. In de cao was echter geregeld dat Wibra binnen een bandbreedte ten opzichte van het aantal basisuren werknemers kon verplichten wekelijks meer of minder arbeidsuren te werken. Dit heeft in de gegeven omstandigheden niet geleid tot onaanvaardbare resultaten: slechts 7% van het totale winkelpersoneel heeft een percentage min-uren opgebouwd van meer dan 15% in verhouding tot de gemiddeld overeengekomen arbeidsduur. Het personeel dient over de resterende weken van 2021 gemiddeld 40 minuten aan min-uren boven het aantal basisuren te werken.

De loondoorbetalingsplicht

De werkgever is verplicht het loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen (artikel 7:628 BW). Van dit laatste kan sprake zijn in geval van exceptionele noodsituaties. In zijn algemeenheid zal een werkgever zijn werknemers dus 'gewoon' moeten doorbetalen. Inmiddels is de vraag voor wiens rekening en risico het

Met betrekking tot de NOW-regeling overweegt de kantonrechter dat de subsidies volledig zijn aangewend voor de betaling van de overeengekomen (basis)lonen van de werknemers

niet kunnen verrichten van de arbeid als gevolg van de coronacrisis behoort te komen in de rechtspraak verschillende keren aan de orde gekomen. Uit de rechtspraak blijkt dat dit in de meeste gevallen volledig voor rekening en risico van de werkgever behoort te komen (zie bijvoorbeeld de **uitspraak** van de rechtbank Oost-Brabant van 29 mei 2020 en de **uitspraak** van de rechtbank Amsterdam van 30 maart 2021). De werknemer behoudt dus zelfs bij een exceptionele situatie als de coronacrisis het recht op zijn loon en overige arbeidsvoorwaarden. Dit betekent dat de drempel voor een andere risicoverdeling uitzonderlijk hoog is.

Rechtvaardigt de coronacrisis mogelijk een versoering van arbeidsvoorwaarden?

Een werkgever kan in beginsel alleen arbeidsvoorwaarden wijzigen met instemming van de werknemer. Arbeidsvoorwaarden, waaronder het salaris, kunnen eenzijdig gewijzigd worden als (i) de werkgever een eenzijdig wijzigingsbeding met de werknemer is overeengekomen en (ii) er sprake is van zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden die een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden rechtvaardigen (artikel 7:613 BW). Indien geen wijzigingsbeding is overeengekomen, is een wijziging onder omstandigheden ook mogelijk met een beroep op goed werknemerschap (artikel 7:611 BW). Uit de rechtspraak volgt dat een enkele verwijzing naar de coronacrisis onvoldoende is om de arbeidsvoorwaarden op die grond te wijzigen (zie de **uitspraak** van de rechtbank Rotterdam van 29 mei 2020). Een werkgever zal dus goed moeten beargumenteren dat hij een zwaarwichtig belang heeft bij de wijziging.

Dat een verslechterde bedrijfseconomische situatie als gevolg van de coronacrisis kan leiden tot een zwaarwichtig belang voor een salariskorting volgt uit een **uitspraak** van de kantonrechter Amsterdam van 28 mei 2020. Een werkgever die een groot deel van zijn inkomsten kwijt was geraakt als gevolg van de coronacrisis en daardoor acute betalingsproblemen had, zag zich genoodzaakt 50% van het salaris van zijn werknemers in te houden. De kantonrechter overwoog dat voldoende aannemelijk was dat door de

buitengewone omstandigheden waarin deze werkgever verkeerde, een onvoorziene, bedrijfseconomische noodsituatie aanwezig was. Hierdoor heeft de werkgever een zwaarwichtig belang dat in beginsel meebrengt dat van de werknemers gevraagd kan worden om – in overleg – bepaalde arbeidsrechtelijke aanspraken op te schorten of zelfs helemaal prijs te geven. Onder omstandigheden kan een wijziging van arbeidsvoorwaarden en dus zelfs een salarisverlaging gerechtvaardigd zijn. In deze uitspraak bracht het eenzijdig en zonder nader overleg genomen besluit tot betaling van slechts de helft van het salaris voor de werknemer in kwestie echter een te grote inkomensachteruitgang mee, waardoor hij in financiële problemen kwam. In dit geval kon na afweging van de wederzijdse belangen van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verlangd worden dat hij over meerdere maanden met 50% inhouding van zijn salaris instemt.

Rechtvaardigt de coronacrisis mogelijk een opschorting van arbeidsvoorwaarden?

Een andere vraag is of het mogelijk is om een bepaalde betaling niet te stoppen, maar op te schorten, dus op een later moment uit te betalen. Begrijpelijkerwijs wordt een tijdelijke loonopschorting eerder toegestaan dan een permanente loonstop of loonverlaging. Zo overwoog de kantonrechter Rotterdam in een **uitspraak** van 15 april 2021 dat het uitstellen van loonsverhogingen gelet op de acute financiële problemen die de werkgever ondervond gerechtvaardigd was. Daarbij speelde een rol dat een deel van een eerdere loonsverhoging enkele maanden eerder was toegekend dan vooraf was afgesproken, dat het hier niet ging om een permanente wijziging, maar een eenmalige en tijdelijke maatregel en dat de ondernemingsraad had ingestemd met de loonopschorting.

In een andere **uitspraak** oordeelde de kantonrechter Amsterdam dat het afschaffen van bovenwettelijke WW-rechten, eindejaarsuitkeringen, variabele toeslagen en jubileumuitkeringen niet gerechtvaardigd was, ondanks dat werkgever Artis als gevolg van de coronacrisis financieel in zwaar weer verkeerde en dat zij in verband daarmee maatregelen moest nemen. Dit kwam onder meer omdat sprake was van een definitieve wijziging van arbeidsvoorwaarden, terwijl de gevolgen van de coronacrisis waarschijnlijk maar van tijdelijke aard zijn. Het doen van een tijdelijk voorstel had dan ook meer in de rede gelegen. Daarnaast achtte de kantonrechter het hier ook relevant dat het ging om een wijziging van meerdere primaire arbeidsvoorwaarden.

Het eenzijdig verplichten van werknemers om vakantie op te nemen is in beginsel niet mogelijk

Er lijkt dus ruimte te zijn voor tijdelijke opschorting van een bepaalde arbeidsvoorwaarde. Dit zou dan ook een interessante optie kunnen zijn voor een werkgever. Dit zou betrekking kunnen hebben op het uitstellen van een loonsverhoging, maar ook bijvoorbeeld het tijdelijk opschorten van betaling van vakantiegeld, een bonus of een eindejaarsuitkering.

Kan een werkgever de opgebouwde vakantierechten van werknemers inzetten om kosten te besparen?

Een werkgever dient de vakantie van de werknemer vast te stellen in overleg met de werknemer (artikel 7:638 BW). Het eenzijdig verplichten van werknemers om vakantie op te nemen is in beginsel niet mogelijk. Dit zou mogelijk anders kunnen zijn bij bovenwettelijke vakantiedagen, waarbij het afkopen onder omstandigheden ook is toegestaan.

In dit verband **overwoog** de kantonrechter Rotterdam dat bij het verplicht aanwijzen van vakantiedagen door de werkgever zijn belang om zijn liquiditeit te verbeteren niet opweegt tegen het belang van werknemers om vakantie op te nemen op het moment dat zij daar behoefte aan hebben en niet op aanwijzen van de werkgever. Opvallend daarbij is dat de kantonrechter bij deze belangenafweging relevant achtte dat de werknemers tijdens de lockdown hebben doorgewerkt en sommige werknemers het extra druk hadden, door het beëindigen van (tijdelijke) arbeidsovereenkomsten van collega's. Dit laat ruimte voor de interpretatie dat indien werknemers het langere tijd en mogelijk nog altijd relatief rustig hebben, waardoor zij bijvoorbeeld ook niet hun volledige arbeidsduur werken, er ruimte is voor de werkgever om eenzijdig vakantiedagen aan te wijzen. In dat geval is de recuperatiefunctie van de vakantiedagen minder in het geding.

Van belang blijft dat de werkgever voordat hij overgaat tot het eenzijdig vaststellen van vakantiedagen eerst met de werknemer in overleg treedt. Uitgangspunt blijft namelijk dat het vaststellen van vakantiedagen in overleg met de werknemer moet plaatsvinden.

Kan een werkgever werknemers opleggen andere dan de bedongen arbeid te verrichten?

Een andere **uitspraak** van de rechtbank Rotterdam laat zien dat een werkgever in de komende post coronaperiode mogelijk flexibiliteit kan creëren door aan zijn werknemers andere werkzaamheden op te dragen als dat noodzakelijk is. In deze zaak verzocht de werkgever een werknemer die normaliter in de bediening werkte om afhaal- en bezorgwerkzaamheden te verrichten. Mede in het licht van de bijzondere omstandigheden rond de coronacrisis, oordeelt de kantonrechter dat de door de werkgever opgedragen werkzaamheden redelijk zijn en dat van de werknemer verwacht had mogen worden dat hij die werkzaamheden zou verrichten. Omdat de werknemer dit had geweigerd, had hij geen recht op uitbetaling van de hierdoor niet gewerkte uren. Het is goed denkbaar dat veel werkgevers de komende tijd geconfronteerd worden met extra drukte of met het wegwerken van achterstanden. Als het aanbod redelijk is dan zal een werknemer dit niet snel kunnen weigeren.

De werkgever moet voordat hij overgaat tot het eenzijdig vaststellen van vakantiedagen eerst in overleg treden met de werknemer

Overzicht: welke kostenbesparende maatregelen kan een werkgever onder omstandigheden nemen?

Werkgevers die als gevolg van de coronacrisis in financieel zwaar weer verkeren, kunnen kostenbesparende maatregelen overwegen, zoals het opschorten van bepaalde arbeidsvoorwaarden (loonsverhogingen, vakantiegeld, bonussen en een dertiende maand) of zelfs het invoeren van een salarisverlaging. Andere opties zijn het afkopen of verplicht laten opnemen van vakantiedagen, wat echter niet ten koste mag gaan van de recuperatiefunctie.

Of de werkgever dit soort maatregelen (eenzijdig) kan doorvoeren, hangt sterk af van de feitelijke omstandigheden. Al met al laat de rechtspraak de volgende gezichtspunten zien die bij deze beoordeling een rol kunnen spelen.

- De ernst van de financiële of bedrijfseconomische situatie van de werkgever en de verwachte duur tot herstel optreedt.
- De mate van versoering van arbeidsvoorwaarden: indien de werknemer als gevolg van de verlaging in de financiële problemen komt en niet langer in zijn levensonderhoud kan voorzien, zal de redelijkheidstoets niet snel uitvallen in het voordeel van de werkgever.
- Of sprake is van een versoering van arbeidsvoorwaarden of enkel van opschorting: bij een tijdelijke maatregel zal de redelijkheidstoets eerder uitvallen in het voordeel van de werkgever.
- Of de werkgever ten onrechte geen beroep heeft gedaan op de steunmaatregelen: indien de werkgever aanspraak had kunnen maken op een NOW-subsidie maar dit heeft nagelaten, kan dit de werkgever worden aangerekend.
- De aard en ingrijpendheid van de wijziging. Een structurele verlaging van het basissalaris zal eerder ongerechtvaardigd zijn dan het eenmalig niet uitkeren van bijvoorbeeld een bepaalde toeslag.
- In hoeverre de ondernemingsraad of een andere vertegenwoordiging van werknemers betrokken is geweest bij de besluitvorming.
- In hoeverre andere werknemers binnen de onderneming akkoord zijn gegaan met de wijziging. Hoe meer werknemer hebben ingestemd met een wijziging, hoe eerder in redelijkheid van de overblijvende werknemers zal kunnen worden gevergd dat zij eveneens instemmen.
- Een wijziging zal eerder redelijk worden geacht indien dit verdergaande maatregelen, zoals ontslagen, voorkomt.

CONTACT



Astrid Helstone

Partner Arbeidsrecht

astrid.helstone@stibbe.com

T +31 20 546 06 54

M +31 6 202 450 74



Jaap van Slooten

Partner Arbeidsrecht

jaap.vanslooten@stibbe.com

T +31 20 546 06 51

M +31 6 533 956 05



Paul Vestering

Partner Arbeidsrecht

paul.vestering@stibbe.com

T +31 20 546 01 01

M +31 6 109 355 80

Dit document geeft enkele algemene inzichten over verschillende juridische kwesties. Hoewel dit document uiteraard met de nodige zorg is samengesteld, is het niet bedoeld als juridisch advies. U kunt hier dan ook geen rechten aan ontleen en wij kunnen niet instaan voor de toepasselijkheid in uw individuele situatie of voor de volledigheid of juistheid van de hierin opgenomen informatie. Mocht u advies wensen over uw individuele situatie, neemt u dan vooral contact met ons op. Kennisname en/of gebruik van informatie uit dit document impliceert een aanvaarding van de toepasselijkheid van onze algemene voorwaarden op onze relatie met u, inclusief in het bijzonder de daarin opgenomen beperking van aansprakelijkheid.