

Thuiswerken of juist op kantoor: hoe flexibel moet een werkgever zijn?

Met de komst van het Coronavirus is bij menig werkgever het onderwerp 'thuiswerken' op de agenda gezet. Reden voor een wetswijziging. Als een werknemer aanpassing van zijn arbeidsplaats wil, heeft hij met de huidige Wet flexibel werken een zwak recht in handen. Met het wetsvoorstel 'Wet werken waar je wilt' beogen de initiatiefnemers dit recht te versterken. Het ligt in de lijn der verwachting dat werknemers ook na de pandemie graag thuis willen werken nu er een thuiswerkplek is ingericht en men de voordelen heeft ondervonden van het werken vanuit huis. Thuiswerken vergroot de vrijheid, productiviteit en mentale gezondheid van de werknemer. Het kan daarentegen ook zijn dat werknemers juist weer op kantoor willen werken vanwege, onder meer, de sociale interactie met collega's. Dit wetsvoorstel geeft de werknemer een middel in handen om deze verschillende wensen kracht bij te zetten. Maar is de werkgever wel verplicht om deze wensen altijd in te willigen?

Introductie: Wet flexibel werken

Voordat de aandacht wordt gevestigd op het wetsvoorstel is het nodig om een aantal jaren terug te gaan in de tijd. Op 1 januari 2016 is de Wet flexibel werken in werking getreden. Het idee heerste dat de arbeidsmarkt van negen tot vijf, inflexibele roostertijden, verplichte aanwezigheid op kantoor en lange files in de spits, werknemers belemmerden. Kortom: moderne werknemers hebben behoefte aan flexibel werken.¹ Onder flexibel werken wordt in deze wet verstaan: 1) een flexibele arbeidsduur 2) een flexibele werktijd en 3) een flexibele arbeidsplaats.² Met de wet is beoogd om flexibel werken te bevorderen binnen een onderneming met meer dan 10 werknemers.³ Een werknemer die minimaal een half jaar bij een werkgever in dienst is, kan een verzoek bij de werkgever indienen om zijn arbeidsduur, werktijd of arbeidsplaats te wijzigen.⁴ De praktijk is dat enkel de arbeidsduur⁵ en de werktijd⁶ door de werkgever dienen te worden aangepast op verzoek van de werknemer, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten. Wijziging van de arbeidsplaats op verzoek van de werknemer hoeft enkel te worden overwogen door de werkgever, waarna de werkgever het verzoek (gemotiveerd) kan afwijzen.⁷ Dit betekent dat in de huidige wetgeving voorgenoemd recht een zwak geregeld recht is voor de werknemer. Een interessante vraag is hoe de rechter met dit zwakke recht omgaat in de praktijk. Dit zal dan ook hierna worden besproken. Vervolgens zal worden uitgelegd hoe het wetsvoorstel 'Wet werken waar je wilt' beoogt dit recht te versterken. Tot slot zal worden ingegaan op de invulling van de verschillende zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die voor de werkgever een rol kunnen spelen bij het afwijzen van een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats onder de Wet flexibel werken nadat de 'Wet werken waar je wilt' zijn intrede heeft gedaan.

Arbeitsplaats

Zoals gezegd is het recht van de werknemer tot aanpassing van de arbeidsplaats in de huidige wetgeving een zwak geregeld recht. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de werkgever een verzoek van de werknemer slechts in overweging dient te nemen. Met andere woorden heeft de werkgever een 'plicht om te overwegen'. Dit resulteert in een beperkt aantal beschikbare uitspraken omtrent dit onderwerp. Het kan aannemelijk worden geacht dat een verzoek om wijziging van de arbeidsplaats vaak onderling wordt afgehandeld, waardoor de gang naar de rechter niet wordt gemaakt. Wanneer de rechter er toch aan te pas moet komen, spelen de volgende factoren een rol in de beoordeling. Ten eerste wordt er door de rechter gekeken of de Wet flexibel werken van

¹ Kamerstukken II 2011/12, 32889, nr. 5, p.1 (MvT).

² Art. 1 sub c, e en d Wet flexibel werken.

³ Art. 2 lid 16 Wet flexibel werken.

⁴ Art. 2 lid 1 Wet flexibel werken.

⁵ Art. 2 lid 9 jo lid 10 Wet flexibel werken.

⁶ Art. 2 lid 11 Wet flexibel werken.

⁷ Art. 2 lid 6 Wet flexibel werken.

toepassing is op het verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats. Vervolgens kijkt de rechter, indien de Wet flexibel werken niet van toepassing is op het verzoek, of de werkgever in strijd met het goed werkgeverschap en/of de instructiebevoegdheid en/of de zorgplicht heeft gehandeld.⁸ Wanneer de werkgever heeft voldaan aan voornoemde verplichtingen, valt de rechter terug op een 'gewone' belangenafweging tussen de belangen van de werkgever en werknemer bij de aanpassing van de arbeidsplaats.

Wetsvoorstel 'Wet werken waar je wilt'

Op 27 januari 2021 is het wetsvoorstel 'Wet werken waar je wilt' ingediend bij de Tweede Kamer. Op het moment van schrijven van dit artikel bevindt het wetsvoorstel zich nog in de voorbereidende fase van het wetgevingsproces. Het initiatiefwetsvoorstel is bedoeld om *'ervoor te zorgen dat werknemers meer vrijheid krijgen in hoe zij de balans tussen het werken op werklocatie en het werken thuis willen organiseren'*⁹. Met het wetsvoorstel wordt beoogd de Wet flexibel werken te wijzigen zodanig dat een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats binnen het grondgebied van de EU op eenzelfde manier wordt behandeld als een verzoek om aanpassing van de werktijd of arbeidsduur. Dit betekent concreet dat een werkgever een verzoek van een werknemer tot aanpassing moet inwilligen, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten. Afwijzing van een verzoek moet dus worden gemotiveerd en deze afwijzing kan alleen plaatsvinden wanneer sprake is van een zwaarwegend roostertechisch, organisatorisch, financieel of veiligheidsbelang.¹⁰ Kortom, de plicht van de werkgever verandert van een 'plicht om te overwegen' in een 'ja, tenzij'.¹¹

Zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen

Of er sprake is van een zwaarwegend belang hangt af van alle omstandigheden van het geval. De aard van het beroep en van het bedrijf, zoals bijvoorbeeld de omvang van het bedrijf en andere bedrijfskenmerken spelen bij de beoordeling een rol.¹² Er zijn ook werkzaamheden waarbij evident sprake is van plaatsgebonden arbeid, zoals wanneer een arts of verpleegkundige patiënten uitsluitend behandelt in een ziekenhuis. In dergelijke situaties kan een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang snel worden aangenomen. Sociale cohesie kan daarnaast ook een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang vormen voor de werkgever.¹³ De werkgever zal zijn zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen moeten onderbouwen richting de werknemer en eventueel de rechter. Over het algemeen is de rechter terughoudend in het aannemen van het bestaan van een zwaarwegend bedrijfsbelang, omdat in beginsel van een werkgever een redelijke aanpassing in de organisatie verwacht mag worden.¹⁴ De zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen worden door de 'Wet werken waar je wilt' gelijkgetrokken met de belangen die in de Wet flexibel werken zijn genoemd onder aanpassing van de werktijd.¹⁵

De invulling van de roostertechische, organisatorische, financiële en veiligheidsbelangen worden hierna één voor één besproken aan de hand van het toetsingskader dat uit de rechtspraak naar voren komt.

Organisatorisch belang

Ten aanzien van het organisatorisch belang blijkt dat een afwijzing van een verzoek tot flexibel werken voldoende gemotiveerd moet worden door de werkgever. De motivering moet bestaan uit

⁸ Rb. Gelderland 16 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2954.

⁹ *Kamerstukken II* 2020/21, 35714, nr. 6, p. 2 (MvT).

¹⁰ *Kamerstukken II* 2020/21, 35714, nr. 6, p.15 (MvT).

¹¹ *Kamerstukken II* 2020/21, 35714, nr. 6, p. 9 (MvT).

¹² *Kamerstukken II* 2012/13, 32889, nr. 10, p. 23 (NV II).

¹³ *Kamerstukken II* 2020/21, 35714, nr. 6, p.10 (MvT).

¹⁴ L. Huisman, '278. Transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie', *TAP* 2019/8.

¹⁵ Art. 2 lid 11 Wet flexibel werken.

concrete voorbeelden uit de praktijk, waaruit de zwaarwegende organisatorische belangen blijken.¹⁶ Een algemene stellingname dat er van een zwaarwegend organisatorisch belang sprake is, zonder dat er nadelige gevolgen voor de organisatie worden genoemd, acht de rechter niet voldoende aannemelijk.¹⁷ Een beleid dat binnen een organisatie wordt gevoerd kan niet dienen als argument voor een zwaarwegend organisatorisch belang. Een verzoek dient immers individueel beoordeeld te worden door de werkgever.¹⁸ Met een gevoerd beleid voldoet de werkgever niet aan deze verplichting omdat een werkgever maatwerk moet leveren. Desalniettemin kan de werkgever bij een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats een gevoerd beleid ter onderbouwing stellen van een zwaarwegend organisatorisch belang, mits dit beleid is vastgelegd in de cao, in een regeling van een bevoegd bestuursorgaan, of wanneer overeenstemming is bereikt met de ondernemingsraad of personeelsvereniging.¹⁹

Roostertechnisch belang

Bij de beoordeling van een zwaarwegend roostertechnisch belang wordt een motivering van de werkgever aannemelijk geacht, wanneer deze bestaat uit roostertechnische problemen die worden onderbouwd met concrete feiten uit de praktijk.²⁰ Daarnaast kan worden opgemerkt dat de rechter niet consistent omgaat met het meenemen van ervaringen tijdens een gelijk verzoek in het verleden. In de ene uitspraak heeft de rechter geoordeeld dat de ervaring tijdens een eerder gelijk verzoek relevant is gezien de lange duur van, in dit geval, het ouderschapsverlof.²¹ In andere uitspraken meent de rechter dat een ervaring uit het verleden op zichzelf geen reden kan zijn om een verzoek af te wijzen²² en dat een situatie van beperkte duur niet kan dienen als graadmeter voor de gevolgen van een structurele verandering.²³ Verder wordt het roostertechnische belang dat de werkgever zwaarwegend acht, niet als zwaarwegend aangemerkt wanneer er eventuele andere oplossingen open staan ten opzichte van het verzoek van de werknemer, zoals in dit geval, het inhuren van een uitzendkracht om werk op te vangen.²⁴ Dit betekent voor de arbeidsplaats dat een werkgever mee moet denken in oplossingen. Een zwaarwegend roostertechnisch belang wordt sneller door de rechter aangenomen, wanneer de werknemer een functie bekleedt die niet snel geheel of deels kan worden overgenomen door collega's, bijvoorbeeld een gespecialiseerd verpleegkundige²⁵ en een apothekersassistente.²⁶

Financieel belang

Ook voor wat betreft het financiële belang blijkt dat motivering van de standpunten van de werkgever een belangrijke rol speelt bij de beoordeling van de rechter. Een aanvaardbare motivering bestaat uit standpunten die onderbouwd zijn met een voorbeeld uit de praktijk dat tevens leidt tot aanzienlijke financiële problemen, bijvoorbeeld bestaande uit onrendabel hoge productiekosten.²⁷ Wanneer het zwaarwegend financieel belang met weinig financiële stukken wordt onderbouwd is het waarschijnlijk dat de rechter dit belang niet zwaarwegend acht.²⁸

Veiligheidsbelang

¹⁶ Rb. Leeuwarden 4 februari 2003, ECLI:NL:RBLLE:2003:AH7397.

¹⁷ Rb. Roermond 3 september 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BE9930.

¹⁸ Rb. Roermond 3 september 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BE9930.

¹⁹ Art. 2 lid 15 Wet flexibel werken.

²⁰ Rb. Dordrecht 1 maart 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BA141.

²¹ Rb. Dordrecht 22 januari 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:AZ7331.

²² Rb. Leeuwarden 4 februari 2003, ECLI:NL:RBLLE:2003:AH7397.

²³ Rb. Noord-Nederland 25 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2033.

²⁴ Rb. Midden-Nederland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:210.

²⁵ Rb. Arnhem 1 september 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AZ0867.

²⁶ Rb. Leeuwarden 1 juni 2006, ECLI:NL:RBLLE:2006:AX7716.

²⁷ Rb. Leeuwarden 4 februari 2003, ECLI:NL:RBLLE:2003:AH7397.

²⁸ Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1145.

Tenslotte is uit het jurisprudentieonderzoek naar het zwaarwegend veiligheidsbelang naar voren gekomen dat menig werkgever zich bij dit belang beroept op de veiligheid die in gevaar komt bij de overdracht tussen collega's op de werkvloer. De rechter acht dit standpunt niet snel zwaarwegend. Bijvoorbeeld omdat dit bij ziektevervanging ook geen risico opleverde²⁹ of er al structureel door anderen wordt meegekeken, hetgeen risicoverlagend werkt.³⁰ Het wordt echter een andere situatie wanneer de gezondheid van patiënten in gevaar komt door flexibel werken. Bijvoorbeeld in het geval de apothekersassistente, die routine en bekwaamheid moet behouden, maar dit bij minder tijd op de arbeidsplaats wellicht verliest.³¹

Gedane zaken nemen geen keer?

Het is de werknemer, op grond van de Wet flexibel werken, niet toegestaan om meerdere verzoeken per jaar in te dienen bij de werkgever. De werknemer kan pas een jaar nadat een verzoek dat is toe- of afgewezen een nieuw verzoek indienen. Op deze manier wordt de werkgever beschermd tegen het voortdurend moeten motiveren van de reden waarom een verzoek al dan niet wordt toegewezen. Deze termijn komt te vervallen wanneer de werknemer het verzoek intrekt.³² De belangen van de werkgever worden ook beschermd door de mogelijkheid van herziening. De situatie kan zich namelijk voordoen dat de werkgever vergeet tijdig te reageren op het verzoek van de werknemer, waardoor de arbeidsplaats overeenkomstig het verzoek van de werknemer wordt aangepast.³³ Ook kunnen er na de beslissing om de arbeidsplaats te wijzigen nieuwe belangen ontstaan die de beslissing in een ander licht zetten. De werkgever is in die situaties bevoegd om een beslissing of aanpassing te herzien. Dit is weliswaar een beperkt recht voor de werkgever. Met de huidige wetgeving is de werkgever namelijk enkel bevoegd om een beslissing ten aanzien van de wijziging van de arbeidsplaats te herzien op grond van na de beslissing of aanpassing opgekomen belangen.³⁴ Indien het wetsvoorstel wet wordt, moet de werkgever onder deze omstandigheden de eerder besproken zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen aantonen.³⁵

Conclusie

Waar de rechter recent nog oordeelde dat een werknemer geen recht op thuiswerken heeft³⁶, wordt dat binnenkort wellicht anders. De werknemer die een verzoek tot wijziging van de arbeidsplaats doet staat dan een stuk sterker. Om terug te komen op de eerder gestelde vraag: is de werkgever verplicht de wensen van de werknemer ten aanzien van thuiswerken of werken op de werkplek in beginsel in te willigen? Bij een afwijzing wordt van de werkgever onder meer gevraagd om goed te motiveren waarom zwaarwegende belangen zich tegen een wijziging verzetten. En voor de werkgever die zich afvraagt of dit versterkte recht niet zomaar 'weg te contracteren' is, luidt het antwoord nee, want dat laat de wetgevingssystematiek niet toe.

Het is nu nog de vraag of en hoe de wetswijziging wordt ingevoerd. Nu het overheidsadvies om volledig thuis te werken is vervallen, klinkt de roep om een duidelijke richtlijn. Het lijkt dan noodzaak dat de wetgeving wordt aangepast om aan deze vraag tegemoet te komen.

Ter afronding van haar studie HBO-Rechten aan de Hogeschool Leiden verrichtte studente Eline van Reine een afstudeeronderzoek in opdracht van Mr. J.W. Ponds Kantonrechter, Rechtbank Zeeland-West-Brabant. Zij onderzocht hiervoor in totaal 35 rechterlijke uitspraken. Een deel hiervan is gebruikt voor dit artikel. Het jurisprudentieonderzoek is uitgevoerd in de verwachting dat voor de invulling van

²⁹ Rb. Midden-Nederland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:210

³⁰ Rb. Noord-Nederland 25 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2033

³¹ Rb. Leeuwarden 1 juni 2006, ECLI:NL:RBLER:2006:AX7716

³² Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht* 2021, art. 2 Wfw.

³³ Art. 2 lid 12 Wet flexibel werken.

³⁴ Art. 2 lid 13 Wet flexibel werken.

³⁵ *Kamerstukken II* 2020/21, 35714, nr. 6, p.16 (MvT).

³⁶ Rb. Gelderland 16 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2954.

de zwaarwegende belangen die, na inwerkingtreding van de wetswijziging, straks een rol gaan spelen bij de arbeidsplaats, lering kan worden getrokken uit de wijze waarop de rechters nu deze zwaarwegende belangen van de werkgever toetsen bij een werknemersverzoek tot wijziging van de arbeidsduur of werktijd. Dit artikel is tot stand gekomen in een samenwerking van Eline van Reine en Evelien Koning, docent en onderzoeker bij het Werk&ZorgLAB (Lectoraat Recht & Rechtvaardigheid).