

Flexibiliteit als eis van goedwerknemerschap

Diana de Wolff

Bij het begrip goedwerknemerschap schieten arbeidsjuristen al snel de arresten HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 (Van der Lely/Hofman) en HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (Stoof / Mammoet) te binnen. In beide zaken was feitelijk de vraag aan de orde of de werknemer een andere (stand)plaats in de organisatie of de hiërarchie moest accepteren. Het eerste geval betrof een werknemer wegens ziekte een tijd uit de running was geweest en van wie werd verwacht dat hij een andere functie ging vervullen dan voordat hij arbeidsongeschikt werd. Het tweede geval had betrekking op de voorzetting van de samenwerking na de sluiting van een bedrijfsvestiging. De werknemer bleek niet bereid een overplaatsing en een andere rapportagelijijn te accepteren. Beide zaken betreffen in de kern de vraag in hoeverre van de werknemer flexibiliteit mag worden verwacht wanneer de werkgever reorganiseert of het bedrijf evolueert. Beide keren werd de werknemer redelijkerwijs gehouden geacht in te stemmen met de verandering die de werkgever wilde doorvoeren. De notie dat een wijziging van een arbeidsvoorwaarde alleen mogelijk is als vasthouden aan hetgeen is overeengekomen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (de met terughoudendheid toe te passen onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW), wordt in het tweede arrest uitdrukkelijk verworpen. De kernoverweging luidt (r.o. 3.3.2):

“dat er geen reden is aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij verdient opmerking dat bij de hier te hanteren maatstaf het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.”

Het belang van de werknemer bij behoud van hetgeen was overeengekomen maakt, gelet op deze rechtsoverweging, twee keer onderdeel uit van een redelijkheidstoets: één keer als de werkgever een wijzigingsvoorstel doet, nu hij als goed werkgever bij dat wijzigingsvoorstel naast andere omstandigheden het belang van de werknemer bij behoud van de arbeidsvoorwaarde moet wegen en daarna nogmaals bij de vraag of aanvaarding van het redelijke voorstel van de

(déze) werknemer kan worden geveerd. Zoals de Hoge Raad in een andere zaak overwoog mag de werknemer niettegenstaande de eis van goedwerknemerschap opkomen “voor wat hij als zijn rechten ziet” in verband met de door een werkgever gedane (i.c.) reorganisatievoorstellen (HR 14 november 2003, JAR 2003/296 (Drie-S Invest en S/Mammoet)). De werknemer lijkt dus in ieder geval aandacht te kunnen vragen voor meer of minder subjectieve belangen die wat hem betreft in de voorstellen van werkgeverskant zijn veronachtzaamd. Niettemin moet de werknemer van zijn kant ook rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de werkgever en – breder - van de organisatie waar hij zijn werk uitvoert en accepteren dat zijn belang soms zal wijken voor dat van de werkgever. Uit het woord “daarin” in de geciteerde rechtsoverweging zou ik afleiden dat het voorstel dat de werkgever doet een noodzakelijk verband moet hebben met de veranderde omstandigheden en daar ook in belangrijke mate proportioneel aan moet zijn.

Nu we sinds Stoof/Mammoet al weer bijna drie jaar verder zijn, kunnen we aan de hand van de rechtspraak die sindsdien tot stand is gekomen, de reikwijdte van dat arrest goed onderzoeken. Ik merk terzijde op dat het arrest werd gewezen op het moment dat de gevolgen van de internationale kredietcrisis in Nederland merkbaar begonnen te worden. Een beter moment om een juridisch kader aan te geven dat bruikbaar is om de werknemer te “dwingen” zich aan te passen aan veranderende omstandigheden op het werk, had de Hoge Raad haast niet kunnen kiezen.

Na Stoof/Mammoet zijn enkele tientallen uitspraken gepubliceerd die betrekking hebben op eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en waarbij de formule uit dat arrest meer of minder expliciet is gehanteerd. Ik zal de rechtsoverwikkeling aan de hand van die rechtspraak onderzoeken en heb voor deze bijdrage geput uit de volgende bronnen: JAR, www.rechtspraak.nl en VAAN updates.

Geen voorstel

In een behoorlijk aantal gevallen krijgt een werkgever die arbeidsvoorwaarden wil wijzigen nul op het rekest omdat de rechter constateert dat er in het geheel geen voorstel is gedaan aan de werknemer. In enkele zaken doet de werkgever een beroep op het instructierecht van art. 7:660 BW. Zonder succes; het debat gaat immers al snel over iets dat (soms met enige fantasie) als een arbeidsvoorwaarde is aan te merken.

Ik noem de zaken waarin de rechter de werkgever kapittelt omdat deze geen voorstel heeft gedaan. Een taakwijziging is slechts medegedeeld (Ktr. Haarlem v.zr. 27 maart 2009, LJN B11029), het alcoholbeleid wordt zonder overleg eenzijdig veranderd (ktr. Alkmaar 29 oktober 2009, LJN BK7946), een functie blijkt na terugkeer van een zieke werknemer veranderd (Ktr. Nijmegen 24 september 2009, LJN BK3290), de werknemer wordt opgedragen zich voortaan te concentreren op slechts één van zijn taken (Rb. Dordrecht (v.zr.) 9 juli 2009, LJN BJ2066), een suppletie bij ziekte wordt “zonder instemming, overleg of compensatie, rigoureu” afgeschaft (Ktr. Enschede 10 maart 2011, LJN BP7566) of een bonus wordt eenvoudigweg gekort (Ktr. Rotterdam 13 november 2009, LJN: BK4966). In Ktr. Groningen (v.zr.) 27 juli 2010, LJN BN3547 verwijt de rechter de werkgever dat deze geen overleg heeft gevoerd met een schoonmaakwerkneemster, die op een ander project tewerk werd gesteld. In Ktr. Dordrecht 9 juli 2009, LJN BJ2066 ontbrak een redelijk voorstel met betrekking tot de op te dragen werkzaamheden. In Ktr. Alkmaar 24 maart 2009, LJN BH8355 krijgt de werkgever het lid op de neus die een verzekeringsarts niet langer toestond een nevenfunctie als huisarts uit te oefenen,

omdat van belangenverstremgeling niet was gebleken. Verder is in dit verband nog vermeldenswaard het vrij technische vonnis Ktr. Utrecht 2 februari 2011, LJN BP2283 over de actuariële herrekening van het prepensioen. Ook in de zaken over de ontslagvergoeding en bonus van ABN AMRO-medewerkers wordt door het Hof Amsterdam geconstateerd dat er geen voorstel is gedaan aan de werknemers om af te zien van de ontslagvergoeding die hun contractueel toekwam (ik noem van die serie arresten hier Hof Amsterdam (zp. Arnhem) 28 september 2010, LJN BN8468). Overigens onderzoekt het Hof in deze zaken ook de vraag of het voorstel redelijk zou zijn geweest als de bank inderdaad een voorstel zou hebben gedaan (nee) en of als dat wel zo zou zijn aanvaarding ervan van de werknemers kon worden gevergd (ook nee).

Ik krijg de indruk dat dit element - heeft de werkgever een voorstel gedaan of hoogstens een mededeling - door Stoof Mammoet in de rechtspraak sterker de aandacht heeft gekregen.

Geen redelijk voorstel

In andere zaken wordt minder precies beoordeeld of de werkgever wel een voorstel deed, maar verschuift het accent in de toetsing naar de constatering dat wat de werkgever voorstond niet *redelijk* was. In Rb. Rotterdam 30 maart 2011, LJN BQ0100, is de functiewijziging van een lid van de Raad van Bestuur niet redelijk. Hem werd na overname van het bedrijf een lagere functie aangeboden die qua verantwoordelijkheden niet gelijkwaardig was aan de oude functie van CFO. Dat het salaris ongewijzigd zou blijven, maakte dat niet anders. De vonnissen Ktr. Utrecht (vzr.) 17 februari 2010, LJN BL5021 en Ktr. Rotterdam 13 november 2009, JAR 2009/294 betroffen het afschaffen van een bonus met (enige) terugwerkende kracht. In beide zaken trekt de werkgever aan het kortste eind. Ktr. Utrecht 1 december 2010, LJN BO9909 handelt over het wijzigen van een eindlooppensioen naar een middelloonregeling. De werknemers was daaromtrent geen redelijk voorstel gedaan, aldus de kantonrechter. In Ktr. Terneuzen 23 juli 2008, LJN BG3897 was de opdracht van de werkgever, een coffeeshop, dat de werknemers voortaan via een uitzendbureau passend werk moesten verrichten niet redelijk. De werkgever had onvoldoende getracht met de werknemers tot overeenstemming te komen toen hun functie verviel. In Ktr. Utrecht 13 mei 2009, LJN BI3516 werd het verslechteren van een pensioenregeling door na forse achterstanden in de betaling van premies over te stappen naar een andere pensioenverzekeraar geen voorstel geacht dat de werkgever in redelijkheid kon doen. In Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, LJN BO2078, mocht de werkgever een verlaging van de prijs die zij bij detachering van personeel in rekening kon brengen niet 'doorbelasten' aan de werknemer.

Geen gewijzigde omstandigheden

In een enkel geval oordeelt de rechter dat er wel een voorstel aan de werknemer is gedaan, maar dat dat niet voortkomt uit gewijzigde omstandigheden, zie Ktr. Sittard-Geleen 3 maart 2010, JAR 2010/137, een geval waarin een werkgever na overgang van onderneming ontdekte dat een werkneemster jarenlang een suppletie op haar WAO ontving alsof zij 40 uur werkte, terwijl zij maar 25 uur per weke werkte.

Laat ik nu overgaan naar een bespreking van de arbeidsvoorwaarden die in de praktijk met behulp van de formule uit Stoof/Mammoet gewijzigd blijken te kunnen worden.

Functie- en taakwijziging

Disfunctioneren

Funciewijziging zal doorgaans via de rechter gerealiseerd kunnen worden als de werknemer niet goed functioneert en hij de kans heeft gekregen zijn functioneren te verbeteren. De vraag of de werkgever wel volgens de Stoof/Mammoet-formule een afgewogen *voorstel* doet, krijgt, waar kritiek op het functioneren van de werknemer een grote rol speelt, minder accent, zie bijvoorbeeld Ktr. Leeuwarden 21 december 2010, BO9351. Typische voorbeelden zijn verder Ktr. Gorinchem 14 juni 2010, LJN BM8174, Ktr. Groningen 10 juni 2010, LJN BN3538, Hof 's-Gravenhage 18 mei 2010, LJN BM8974, Ktr. Heerlen 4 december 2009, LJN BK8134 (ontbinding zonder vergoeding). De werkgever zal het verminderde functioneren uiteraard wel aannemelijk moeten maken, zie voor een voorbeeld Hof Leeuwarden 30 september 2008, LJN BF3931. In dergelijke gevallen zal de rechter met de funciewijziging over het algemeen ook een salarisverlaging goedkeuren, in het Gorkumse geval zelfs een verlaging met 30%. In Ktr. Rotterdam 19 november 2010, LJN BO3795 stapte de kantonrechter over het feit heen dat het verbetertraject niet geheel volgens de afspraken was uitgevoerd.

Als de werknemer in het geheel niet in staat is gesteld of is begeleid om tot verbetering van het functioneren te komen, zal een funciewijziging echter niet te realiseren zijn, zie bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 27 maart 2009, LJN BI1029, Ktr. Zutphen 13 november 2008, LJN BG6235 en Ktr. Heerlen (vzr.) 4 december 2009, LJN BH9185. Loopt het conflict vervolgens uit de hand, dan zal de werkgever in een ontbindingsprocedure afgerekend kunnen worden op de zorgvuldigheid van het gevoerde beleid. In Ktr. Dordrecht 11 september 2008, LJN BF1354 loopt de werkgever tegen een ontbindingsvergoeding op die meer dan het dubbele bedraagt van de neutrale kantonrechttersformule. De werknemer mocht zijn overplaatsing als een degradatie ervaren ondanks het feit dat hij zijn salaris mocht behouden. In Ktr. Breda 28 april 2011, LJN BQ3914 wordt een forse vergoeding bepaald op een verzoek tot ontbinding van een manager, omdat de wijze waarop de werkgever hem had behandeld nadat de Voedsel- en Warenautoriteit overtredingen had geconstateerd, ook als een degradatie kon worden opgevat. De noodzaak voor funciewijziging als disciplinaire maatregel, gepaard gaande met een salarisverlaging, wordt eveneens streng getoetst (Ktr. Deventer 8 januari 2009, LJN BG9482).

De eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit klinken in deze rechtspraak telkens door.

Reorganisatie

Ook blijkt de Stoof/Mammoet-formule bruikbaar om tot functie- of taakwijziging te komen na verval van de oorspronkelijke functie, bijvoorbeeld wegens een reorganisatie of zelfs een overgang van onderneming (Hof Leeuwarden 17 maart 2009, LJN BH9815, Rb. Zutphen 8 oktober 2008, LJN BG6255). Wel rust daarbij op de werkgever de verplichting om naar een passend alternatief te zoeken (Ktr. Haarlem (vzr.) 12 juni 2009, LJN BI8561). Een werknemer die zich in zo'n situatie schrap zet, kan uiteindelijk worden geconfronteerd met ontbinding van de arbeidsovereenkomst en een vergoeding die weliswaar onder het niveau van de neutrale kantonrechttersformule ligt, maar toch aanzienlijk kan zijn. Zie bijvoorbeeld Ktr. Maastricht 20 oktober 2010, LJN BO1893, vergoeding van circa 16 maandsalarissen voor een werknemer van 53 met 35 dienstjaren en Ktr. Gouda 14 januari 2010, AR 2010 – 0172, C=0,5 (ruim € 58.000,-) in een geval waarin een werkneemster na verval van haar functie zelfs twee andere functies had geweigerd, die de kantonrechter passend achtte.

In dit kader passen ook HR 24 december 2010, LJN BO2419 en BO24120 (Woonzorg). In die zaken raakten de werknemers een vergoeding voor beschikbaarheidsdiensten kwijt, enkele jaren nadat die diensten waren uitbesteed aan een externe partij. Ter compensatie hadden de werknemers overigens een vergoeding op grond van een sociaal plan ontvangen die was gebaseerd op de kantonrechtersformule, waarbij de vergoeding voor de weggefallen diensten de B-factor vormde. Het vervallen van de bijzondere vergoeding was daarmee op het eerste gezicht eigenlijk wel redelijk. De werknemers weigerden echter akkoord te gaan, waarop de werkgever een ontslagvergunning vroeg en verkreeg. De ontslagvergunning werd verleend onder de premisse dat de werkgever zich bereid had verklaard een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan voor het dienstverband zonder de beschikbaarheidsdiensten en met behoud van alle arbeidsvoorwaarden behouden de vergoeding voor die diensten. De werknemers meenden dat op die manier misbruik werd gemaakt van het BBA en dienden zonder succes een vordering in op grond van kennelijk onredelijk ontslag. In cassatie ging de Hoge Raad ervan uit dat er sprake was van een "wijzigingsontslag". Aan de strekking van het Ontslagbesluit en het BBA kan volgens de Hoge Raad bij een wijzigingsontslag zijn voldaan "doordat in feite de arbeidsverhouding kan voortduren zij het onder gewijzigde voorwaarden die door de CWI in het kader van de verlening van de ontslagvergunning op redelijkheid zijn getoetst." (r.o. 3.3.3). In het kader van de vraag of die opzegging kennelijk onredelijk was, overwoog de Hoge Raad dat wanneer de rechtsbescherming van de werknemer bij wijziging van arbeidsvoorwaarden wordt omzeild door middel van een wijzigingsontslag, dat feit betrokken moet worden bij de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is naast alle andere omstandigheden van het geval.

Overig

In een geval waarin een overplaatsing nodig werd geacht omdat de werkneemster een relatie had gekregen met een collega, werd geoordeeld dat de werkneemster die overplaatsing had moeten accepteren (Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, LJN BK0506).

Salarisverlaging bij functiewijziging

Bij functiewijziging als gevolg van een reorganisatie zal de redelijkheid van een salarisverlaging zonder compensatie niet snel worden aangenomen. Een conflict daarover leidt bij de ktr. Brielle 11 oktober 2010, LJN BO1750 tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer een vergoeding wordt toegekend naar een correctiefactor van 1,5. De kantonrechter overweegt dat er geen sprake was van gewijzigde omstandigheden; de werknemer had gedurende ruim een jaar onder de oude arbeidsvoorwaarden in een lagere functie gewerkt, nadat de oorspronkelijke functie was komen te vervallen. De werkgever had dus geen recht van spreken met het voorstel het salaris in overeenstemming te brengen met de lagere functie. Zie voor een vergelijkbaar geval Ktr. Eindhoven 18 november 2010, LJN BL5226 waarin het niet redelijk werd geacht dat een shopmanager de functie van verkoopmedewerker moest accepteren met een salarisverlaging van 34%. In Hof 's-Gravenhage 19 oktober 2010, LJN BO6550 overweegt het Hof in vrij algemene bewoordingen dat het accepteren van een andere functie nog geen instemming met salarisvermindering impliceert. De werknemer in kwestie had de nieuwe functie overigens onder protest geaccepteerd. De werkgever had de werknemer een salarisgarantie op uurloonniveau moeten aanbieden, bij gebreke waarvan het gedane voorstel niet redelijk was.

Auto

In Ktr. Utrecht 13 augustus 2008, LJN BE0070 (toetsing vindt daar overigens plaats aan de formule van art. 7:613 BW) had de werknemer de functiewijziging (wegens bedrijfseconomische redenen?) geaccepteerd en raakte hij tevens zijn lease-auto kwijt. De kantonrechter fiatteerde de gang van zaken onder verbetering van de afbouwregeling die de werkgever had aangeboden. Verlies van een auto speelde ook in Ktr. Nijmegen 15 juli 2010, LJN BN1498. Na functiewijziging van buitendienst naar binnendienst, noodzakelijk geworden wegens bedrijfseconomische redenen, had de werknemer de auto niet meer nodig voor het werk. Uit het vonnis rijst het beeld op van een nogal starre werknemer en de rechter acht het voorstel tot het innemen van de auto redelijk, omdat de werknemer de auto had mogen overnemen en hem ook enige financiële compensatie was geboden. Het conflict van partijen leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding. Hiertegenover staat Ktr. Haarlem 9 november 2008, LJN BG6279, waarin de kantonrechter in een min of meer vergelijkbare casus alle voorstellen die de werkgever had gedaan om een werknemer op termijn het gebruik van een bedrijfsauto af te nemen onredelijk vond, omdat alle voorstellen een "financiële aderlating" voor de werknemer zouden betekenen.

Standplaatswijziging

Standplaatswijziging leidend tot een reistijd van 30 minuten en zonder recht op een reiskostenvergoeding voor de betreffende schoonmaakmedewerkster werd door Hof Leeuwarden in een 681-procedure (ergo niet aan de hand van Stoof/Mammoet) gefiatteerd omdat er klachten waren geuit over het functioneren van de werkneemster. Het Hof baseerde zich mede op de cao, die een maximale reisduur van 45 minuten toeliet.

In een andere 681-procedure oordeelde de ktr. Haarlem 17 maart 2010, LJN BL8963 dat een opzegging niet kennelijk onredelijk was, omdat de werkzaamheden nu eenmaal waren vervallen. In dezelfde procedure had de werkneemster loon gevorderd over een tijdvak waarin haar ander werk was opgedragen, waarvoor zij een reis van 65 kilometer enkele reis moest maken. Dat voorstel merkte de rechter aan als niet redelijk, omdat de werkneemster had bedongen vanuit huis te mogen werken.

Aan het langste eind trok de werkgever die onder meer om redenen van veiligheid de standplaats van een vrachtwagen wijzigde. Daardoor moest de werknemer, een chauffeur dagelijks 60 minuten naar de truck reizen, terwijl deze voorheen bij hem thuis mocht worden geparkeerd. Hof Arnhem 22 maart 2011, LJN BP8529, achtte dat zelfs zonder overgangsregeling redelijk. Een werknemer die na het vervallen van zijn functie in Maastricht gevraagd werd een maal per week voor twee dagen naar Arnhem te reizen (en aan wie wekelijks een hotelovernachting werd aangeboden) had die wijziging niet mogen weigeren. Zijn arbeidsovereenkomst werd ontbonden met een vergoeding van $C = 0,4$ (€ 110.000,-).

Een werkneemster aan wie eerder was toegezegd dat zij twee dagen per week in Drachten mocht (blijven) werken en een dag in Utrecht, kon echter niet worden opgedragen om alle dagen in Utrecht te komen werken (Ktr. Utrecht 30 juni 2009, JAR 2009/213). Een apotheek had echter geen aanleiding kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot standplaatswijziging aan een beherend apotheker die 4,5 maand arbeidsongeschikt was. Zij zou haar status als beherend apotheker namelijk verliezen. De werkgever wees er vergeefsop dat hij tijdens de ziekteperiode een andere beherend apotheker in vaste dienst had moeten nemen. Volgens de kantonrechter Haarlem (vzr) 15 december 2010, LJN BO9654 had de werkgever via een detacheringsbureau tijdelijk een vervanger kunnen inhuren.

Opvallend is ook een vonnis van de ktr. Bergen op Zoom 27 juli 2010, LJN BN3240, waarin enerzijds werd overwogen dat de werknemster zich onvoldoende flexibel had opgesteld nadat haar een redelijk voorstel tot werkplekwijziging was gedaan van een eigen kamer naar een afdeling, maar de kantonrechter anderzijds een ontbindingsvergoeding bepaalde op € 110.000,- bruto (C=0,8).

De rechtspraak over de mogelijkheid tot standplaatswijziging geeft dus een gemixt beeld.

Werktijden

Wijziging van werktijden was aan de orde in Ktr. Utrecht 27 april 2011, LJN BQ3288. De werkgever had voldoende aannemelijk gemaakt dat een werknemster in de zorg haar avonddiensten eerder moest beginnen. Haar belang om erop te kunnen toezien dat haar zoon zijn huiswerk zou maken woog daartegenover niet zwaar genoeg. Iets soortgelijks besliste de ktr. Heerlen (vzr.) 28 mei 2009, LJN BI8757: van een werknemster mocht worden verwacht dat zij ongeveer een keer per week om 7.30 uur in plaats van om 8.00 uur zou beginnen. De opzegging van een werknemer die zich weigerde te conformeren aan andere werktijden, onder meer omdat hij dan niet langer actief zou kunnen zijn voor de vrijwillige brandweer, werd niet kennelijk onredelijk bevonden in Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2009, LJN BH0699. De werknemer was een outplacementtraject aangeboden en had al daags na de opzegging elders een baan. In Ktr. Groningen 12 mei 2011, LJN BQ5383 werd geoordeeld dat ambulancepersoneel een ander rooster diende te accepteren, onder meer vanwege het belang van verkorting van de aanrijdtijden. In het vonnis blijft onduidelijk of de werknemers er door de roosterwijziging financieel op achteruit gingen. In ieder geval hoefde de werkgever geen compensatieregeling te treffen.

Betekenis artikel 6:248 lid 2 BW

Dan kom ik nu toe aan de vraag of naast de Stoof/Mammoet-formule ook de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) nog wordt toegepast.

Toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW vindt vooral daar plaats waar een collectieve regeling aan de orde is. Zo bijvoorbeeld Hof Arnhem 27 april 2010, LJN BO6310, in een zaak waarin een aantal oudere werknemers wilden vasthouden aan het seniorenverlof dat hun ooit was toegekend. Omdat dat seniorenverlof volgens het Hof in strijd was met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd, achtte het Hof het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de werknemers aan die arbeidsvoorwaarde vasthielden. Zie ook Ktr. Enschede 26 oktober 2010, LJN BO1943 en Hof Amsterdam 9 november 2010, JAR 2011/12. De uitspraak kan dan wel een geschil betreffen met een enkele werknemer, zoals blijkt uit Hof Leeuwarden 21 september 2010, LJN BN8258. In die zaak kon de werknemer zich met succes beroepen op een niet expliciet overeengekomen recht op suppletie bij ziekte, waarvan de werkgever onvoldoende betwist had dat toekenning daarvan staande praktijk was.

We zien echter ook dat de toelaatbaarheid van wijziging van een collectieve regeling aan Stoof/Mammoet wordt getoetst. In Ktr. Utrecht 2 februari 2011, LJN BP2283 was een wijziging van een collectieve (prepensioen)regeling aan de orde. Idem dito Ktr. 's-Hertogenbosch 30 september 2010, LJN BO3278, een zaak betreffende wijziging van een ziektekostenpremiecompensatieregeling en Ktr. Groningen 12 mei 2011, LJN BQ5383 inzake het rooster van ambulancepersoneel.

Ook komt de toetsing aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid voor bij de beoordeling van een wijziging ten nadele van een *gewezen* werknemer, mogelijk omdat verondersteld wordt dat de wet op de arbeidsovereenkomst in die relatie niet meer van toepassing is. Ik noem in dit verband Ktr. 's-Hertogenbosch 30 september 2010, LJN BO3278 over compensatie ziektekostenpremie na de invoering van de Zvw. Ik noem ook Ktr. R'dam 23 februari 2010, 975463 CV EXPL 09 12812 (AR Update nr. 2010-0271), een zaak (tegen Fortis) die de vraag betrof of de werknemer nog vast kon houden aan een contractuele ontslagvergoeding nadat hij na een dienstverband van een jaar al een hoge ontbindingsvergoeding van € 250.000,- had ontvangen. Toewijzing van het meerdere achtte de kantonrechter "excessief, zo niet ridicuul" en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. We komen echter ook rechtspraak tegen waarin aan de Stoof/Mammoet-formule wordt getoetst ondanks het feit dat er geen dienstverband meer bestaat, zie Ktr. 's-Hertogenbosch 30 september 2010, LJN BO3278; de zaak betrof de bijdrageregeling i.v.m. de premie ziektekosten. Volgens de uitspraak had de werkgever minst genomen eerst overleg moeten voeren.

Ook waar de eenzijdige wijziging betrekking heeft op een geldelijke arbeidsvoorwaarde van een enkele werknemer komt toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW voor. De verlaging van de vergoeding per 'zitting' van een fysiotherapeut in loondienst kon, getoetst aan die maatstaf, bij de Ktr. 's-Hertogenbosch 12 november 2009, LJN BK5018 niet door de beugel. In een zaak van een statutair bestuurder die een afvloeiingsregeling in het vooruitzicht was gesteld van drie jaarsalarissen (een kleine 1,4 mln €), toetste de Rb. Rotterdam (Rb. Rotterdam 30 maart 2011, LJN BQ0100) de vraag of hem die vergoeding toekwam aan art. 6:248 lid 2 BW. De Rechtbank achtte het niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de werknemer vasthield aan de overeengekomen afvloeiingsregeling. De werkgever had aangevoerd dat de werknemer een andere functie (onder het niveau van de RvB) had geweigerd. Ten aanzien van dat geschilpunt hanteerde de rechtbank de Stoof/Mammoet-maatstaf en werd overwogen dat het voorstel tot functiewijziging niet redelijk was.

In twee zaken betreffende de herziening van de salarissen van Nederlands ambassadepersoneel in den vreemde toetst het Hof 's-Gravenhage 21 april 2009, LJN BI2803, en 3 november 2009, LJN BK7091) aan art. 6:248 lid 2 BW, omdat art. 7:611 BW op grond van art. 7:615 niet op de arbeidsverhouding van toepassing is.

Soms gooit de rechter maar alles op één hoop. In Hof Arnhem 31 augustus 2010, LJN BN5568 overweegt het hof overweegt het hof, een nakomingsvordering van enkele werknemers toewijzend: "Het maakt daarbij niet uit of toetsing plaatsvindt aan artikel 7:611 BW dan wel aan artikel 6:248 BW." Zie voor eenzelfde aanpak Ktr. Apeldoorn 23 december 2009, 305606 CV EXPL07-1841, AR 2009-1007. In Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2011, LJN BP3996, een zaak betreffende de verhoging van de pensioenleeftijd van de directie, blijft volledig onbesproken welke maatstaf het hof hanteerde.

Een geval van contaminatie vormt Hof Amsterdam 27 juli 2010, BN9262. Het hof overweegt dat getoetst moet worden "of de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van de [34, ddw] werknemers meebrengen dat zij zich de nieuwe regeling moeten laten welgevalen omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om de werkgever aan de oude [VUT-, ddw] regeling te houden".

In de eerder genoemde ABN AMRO-zaken loopt het Hof Amsterdam alle mogelijke wijzigingsgrondslagen langs: 6:11, 6:258 (onvoorziene omstandigheden) en 6:248 lid 2 BW, de laatste twee grondslagen min of meer aan elkaar gelijk stellend. De wijziging van de ontslagvergoedingsregeling kon door geen enkele beugel.

Conclusie is dat in de rechtspraak de beide wijzigingsgrondslagen nog steeds door elkaar heen en soms simultaan worden toegepast.

Wat zijn arbeidsvoorwaarden?

Ook de voorvraag wanneer de werknemer eigenlijk aanspraak had op een bepaalde arbeidsvoorwaarde leidt soms tot debat. Zo hoeft een werkgever niet een jarenlang gemaakte fout in de berekening van een toeslag te continueren. Een (jarenlange) foutieve toekenning, bijvoorbeeld een te hoge afdracht van pensioenpremie, levert geen arbeidsvoorwaarde op (Ktr. Zwolle 7 juli 2009, LJV BJ6935, Ktr. Haarlem 17 december 2008, LJV BG8039).

In een geval waarin de arbeidsovereenkomst bepaalde dat de directie jaarlijks na overleg met de or een gratificatie kan bepalen, oordeelde de rechter dat hier sprake was van een discretionaire bevoegdheid, ondanks het feit dat de werknemer jarenlang een gratificatie had mogen ontvangen (ktr. Dordrecht 19 augustus 2010, LJV BN4773). Voldoende was onderbouwd dat de financiële positie van het bedrijf geen toekenning van gratificatie meer toeliet.

In Rb. (vzr.) 's-Gravenhage 17 mei 2010 LJV BM4458 overweegt de kortgedingrechter dat het werken met dezelfde collega's op een bepaalde locatie (bewonersgroep), geen arbeidsvoorwaarde inhoudt en dat een werkgever in het kader van mobiliteitsbeleid, ook al is dat niet beschreven, het recht heeft werknemers op andere locaties tewerk te stellen en teams anders samen te stellen.

Ik duidde anderzijds al de zaak Hof Leeuwarden 21 september 2010, LJV BN8258 aan, waarin aanspraak op suppletie bij ziekte werd aangenomen, omdat de werkgever onvoldoende had betwist dat het staande praktijk was dat zieke werknemers werden gesuppleerd. In Ktr. Enschede 10 maart 2011, LJV BP7566, zien we eenzelfde uitkomst: de suppletie was een bestendig gebruik en kon niet eenzijdig worden gewijzigd.

Ook een ontslaguitkering wordt gezien als een arbeidsvoorwaarde, alsof het een tegenprestatie is voor de verrichte arbeid. In de al genoemde ABN AMRO-zaken lijkt het hof Amsterdam daarvan uit te gaan, waar zij het beginsel *do ut des* noemt als een rechtsbeginsel dat in aanmerking moet worden genomen bij het oordeel over de mogelijkheid tot wijziging van de ontslagvergoeding. Vergelijkbaar oordeelt Rb. Rotterdam 30 maart 2011, LJV BQ0100.

In Hof Arnhem 31 augustus 2010, LJV BN5568 wordt overwogen dat de toepasselijkheid van een cao niet betekent dat de rechten van de werknemer beperkt zijn tot hetgeen daarin beschreven staat. De cao in kwestie was volgens mij evenwel een standaard-cao, waardoor het nog te bezien staat of de werknemers wel recht konden blijven houden op 43,25 compensatie-uren, maar kennelijk had de werkgever zich niet beroepen op de nietigheid van arbeidsvoorwaardelijke regelingen die naast de cao worden toegekend en vond het hof het niet op zijn weg liggen om dat ambtshalve te toetsen.

De positie van de or komt zelden aan de orde. In Hof Amsterdam 27 juli 2010, LJV BN9262, had de or ingestemd met aanpassing van de vut-regeling, maar dat mocht de werkgever niet baten. Droogjes overweegt het hof dat werknemers “aan die instemming in beginsel niet zijn gebonden, waar het hier een wijziging van hun arbeidsvoorwaarden betreft”.

Waar leidt dit alles toe?

Als de werkgever die een wijziging van arbeidsvoorwaarden nastreeft in het gelijk wordt gesteld gaat het vaak om zaken als overplaatsing, functiewijziging, standplaats- of roosterwijziging in een individueel geval, waarbij van de werkgever zorgvuldigheid en proportionaliteit wordt verwacht. In Ktr. Utrecht 3 juni 2009, LJV BI8512 wordt met zoveel woorden overwogen dat de Stoof/Mammoet-norm “veeleer ziet op de wijziging van de *arbeid* of de *arbeidsomstandigheden* [mijn curs. Ddw] van één enkele werknemer”. We zien in de rechtspraak inderdaad vrijwel geen zaken waaruit blijkt dat werknemers gedwongen kunnen worden afstand te doen van een deel van hun salaris, anders dan in het kader van een functiewijziging na disfunctioneren. In de ogenschijnlijk verderstreckende Woonzorgzaken was bijvoorbeeld het verlies van de vergoeding behoorlijk gecompenseerd door een sociaal plan. In het geval waarin een premiespaarregeling was vervallen, diende de werkgever de werknemers daarvoor voldoende te compenseren, zie Hof Leeuwarden 19 april 2011, LJV BQ3041.

Waar werkgevers materiële arbeidsvoorwaarden willen wijzigen, doen zij dat eerder succesvol met een beroep op gewijzigde wetgeving (de bijdrageregelingen voor ziektekostenpremies) of vergelijkbare ontwikkelingen (middelloon- i.p.v. eindloonregelingen in de pensioensfeer) die reflexwerking hebben op de arbeidsvoorwaardenvorming. Zelfs dan echter is een aanpassing van arbeidsvoorwaarden zeker geen kwestie van “vragen is krijgen”, zie bijvoorbeeld een zaak over een mislukte switch van eindloon naar middelloon, Ktr Utrecht 13 mei 2009, LJV BI3516. De rechter let dan ook sterk op het collectieve kader van arbeidsvoorwaardenvorming. Een voorbeeld is Ktr. Utrecht 23 juni 2010, LJV BM9239, waarin 64 oud-werknemers strijden voor voortzetting van de bijdrage in ziektekostenpremie. De kantonrechter overweegt dat die bijdrage altijd werd ontleend aan een cao en dat nu deze is gewijzigd, de aanspraak op de bijdrage was komen te vervallen. De versobering hoefde daarmee niet getoetst te worden aan 7:611 of 6:248 lid 2, maar was een kwestie van uitleg. Idem Ktr. 's-Gravenhage 23 maart 2011, rolnummer 945860 RL EXPL 10-89270 (AR Updates)

De rechter blijkt als er geen verandering in wetgeving speelt, beslist terughoudend om de redelijkheid aan te nemen van het korten van salaris of het vervallen van materiële arbeidsvoorwaarden, zoals bonussen. Zelfs de maatschappelijke ophef over hoge bonussen en dito ontslaguitkeringen blijkt nauwelijks betekenis te hebben voor de vraag wat de werknemer redelijkerwijs aan versoberingen heeft te accepteren.

De feitelijke beperking van de heronderhandelingsplicht van werknemers tot arbeidsvoorwaarden zoals de functie of de standplaats, sluit overigens ook aan bij de praktijk van het ontslagrecht en bij de weigeringsgronden in de WW (artikel 24 WW). Bij de beoordeling van ontslagverzoeken wegens disfunctioneren of reorganisatie, toetst het UWV immers eveneens of er geen minder vergaande alternatieven zijn dan opzegging van het dienstverband. In die zin sluit de jurisprudentie aan bij het systeem van het ontslagrecht. En omgekeerd.

Mij lijkt ook, gelet op de rechtspraakontwikkeling, dat een werkgever niet snel een “redelijk voorstel” zal kunnen formuleren als deze een werknemer niet langer een vast salaris zou willen

betalen, maar een betaling op basis van stukloon of als hij een dienstverband met een vast aantal arbeidsuren zou willen omzetten naar een dienstverband met een flexibel aantal uren.

Waren de arresten Van der Lely/Hofman en Stoof/Mammoet nu revolutionaire innovaties in het arbeidsrecht? Nu de rook is opgetrokken, heb ik de neiging op die vraag een sterk relativerend antwoord te geven. De rechtspraak is vooral bruikbaar als instrument om interne flexibiliteit te bevorderen en sluit aan bij het systeem van het wettelijke arbeidsrecht en de de beschermingsgedachte die daarin nog altijd leidend is.

Utrecht, 25 mei 2011