

EENZIJDIGE WIJZIGING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

mr. dr. J.J.M. (Sjef) de Laat
mr. L.J.A. (Leopold) Holtus
mr. R. (Ribca) van Wijngaarden
mr. B. (Bas) Westerhout

VVA

Kan een werkgever eenzijdig de werknemer een – substantiële – verlaging van het loon opleggen? Kan de werkgever eenzijdig de arbeidsduur of de arbeidstijd fors verkorten? Kan de werkgever eenzijdig de functie van de werknemer wijzigen en hem opdragen, al dan niet met verlaging van het loon, deze andere functie te gaan vervullen? Hoe werkt verlaging van een pensioenpremie bij de driehoeksverhouding werkgever-werknemer-pensioenfonds? Hoe gaan we om met begrippen als solidariteit en redistributie in deze lastige coronatijd? Deze en vele andere vragen passeren de revue in dit boek.

Nadat de Hoge Raad in 2008 het toonaangevende arrest *Stoof* tegen *Mammoet* gewezen had, heeft hij de uitleg en toepassing van de artikelen 7:613 BW en 7:611 BW door rechtspraak (*Monsieurs* tegen *Wegener* uit 2011 en *Fair Play* uit 2019) verder ontwikkeld. Ook de literatuur liet zich niet onbetuigd. Kenmerkend voor het thema van de eenzijdige wijziging is dat het telkens weer beïnvloed wordt door andere (arbeidsrechtelijke) vraagstukken zoals de uitleg van de cao, de ondubbelzinnige instemming van de werknemer, de betekenis van het incorporatiebeding, het binnen een overeenkomst tussen partijen bestaande gerechtvaardigd vertrouwen (art. 3:35 e.v. BW) ten aanzien van het bestaan van een arbeidsvoorwaarde, het medezeggenschapsrecht (de rol van de ondernemingsraad) en de al dan niet vermeende toezegging door de werkgever aan de werknemer (*PontMeijer*-arrest, uit 2018).

Dit alles wordt grondig uit de doeken gedaan door de auteurs. Ribca van Wijngaarden en Bas Westerhout zijn beiden advocaat te Amsterdam, Leopold Holtus werkt als senior stafjurist bij de rechtbank Midden-Nederland in Utrecht en Sjef de Laat is kantonrechter bij diezelfde rechtbank geweest.

ISBN 978-94-6290-847-5



9 789462 908475 >

Boomjuridisch

Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst

Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst

mr. dr. J.J.M. (Sjef) de Laat
mr. L.J.A. (Leopold) Holtus
mr. R. (Ribca) van Wijngaarden
mr. B. (Bas) Westerhout

Tweede druk

Boom juridisch
Den Haag
2020

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2020 Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproprechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-847-5

ISBN 978-90-5931-726-0 (e-book)

NUR 825

www.boomjuridisch.nl

Voorwoord

De tweede druk van dit boek is heel anders van inhoud dan de eerste druk uit 2008. En bovendien zijn er nu vier auteurs in plaats van een bij de eerste druk.

De vier auteurs (Ribca van Wijngaarden, Bas Westerhout, Leopold Holtus en Sjef de Laat) hebben ieder een hoofdstuk geschreven. Weliswaar is gepoogd om geen grote verschillen van aanpak en meningen te laten ontstaan en elkaar zo min mogelijk tegen te spreken, maar uiteindelijk heeft iedereen zijn eigen bijdrage geleverd, met dit boek als resultaat. Het leerstuk van de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst leent zich voor uiteenlopende visies en we hopen daaraan een nuttige bijdrage te hebben geleverd. Het debat gaat voort ...

De inhoud is ook anders dan de eerste druk. Stond die eerste druk nog in het teken van een poging om de toetssteen van de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst te vinden (art. 7:613, 7:611, 6:248 lid 1 of 2 en 6:258 jo. art. 6:260 van het Burgerlijk Wetboek (BW)), in 2020 is het alweer twaalf jaar geleden dat de Hoge Raad het arrest *Stoof/Mammoet*¹ wees en zijn de uitleg en toepassing van de artikelen 7:613 en 7:611 BW door rechtspraak (*Monsieurs/Wegener en Fair Play*²) en literatuur verder ontwikkeld. Daar komt bij dat het thema van de eenzijdige wijziging bij voortduring gekenmerkt wordt door de wisselwerking met andere (arbeidsrechtelijke) vraagstukken, zoals de uitleg van de cao, de ondubbelzinnige instemming van de werknemer, de betekenis van het incorporatiebeding, het binnen een overeenkomst tussen partijen bestaande gerechtvaardigd vertrouwen (art. 3:35 e.v. BW) ten aanzien van het bestaan van een arbeidsvoorwaarde, het medezeggenschapsrecht (de rol van de ondernemingsraad) en de toezegging (*PontMeyer*-arrest³).

De opbouw van het boek is als volgt. In hoofdstuk 1 ontwikkelt Leopold Holtus zijn theorie over onze toekomstige omgang met het leerstuk van de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst. Vanuit de beschikbare ruimte en tijd bepleit hij op beeldende wijze een sferische benadering van verandergeschillen en een verbreding van onze blik op het hoofdonderwerp van dit boek: de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst.

Hoofdstuk 2 is van de hand van Sjef de Laat. Hij legt zich toe op de eenzijdige wijziging van het loon, de eenzijdige wijziging van de arbeidsduur en arbeidstijd, en ten slotte de eenzijdige wijziging van de functie. Bovendien passeert een

1 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

2 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570 en HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869.

3 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976.

korte bespreking van de invloed van het Europese recht op het leerstuk van de eenzijdige wijziging de revue.

Hoofdstuk 3 is geschreven door Ribca van Wijngaarden. Zij neemt de onderwerpen de eenzijdige wijziging van vervoersregelingen (bedrijfsauto, leaseauto, reiskostenregeling), de eenzijdige wijziging van het pensioen, met de bijzondere vraagstukken van de uitgewerkte arbeidsverhouding en de driehoeksverhouding tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder, en de eenzijdige wijziging van onkostenregelingen voor haar rekening.

Hoofdstuk 4 is geschreven door Bas Westerhout. Hij analyseert de weerbarstige rechtspraak over werkroosters. Bovendien wijdt hij een aparte paragraaf aan de binding van de werknemer aan eenzijdige wijzigingsvoorstellen van de werkgever.

Ontwikkelingen op het gebied van de eenzijdige wijziging van de overeenkomst gaan in onze ogen snel. De invloed van de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Fair Play* is nog lang niet uitgekristalliseerd, en zal nog veel rechtspraak opleveren en vele pennen in beweging brengen. Waarschijnlijk hoeft een opvolgende derde druk niet nog eens twaalf jaar te wachten.

Namens de drie andere auteurs,

Sjef de Laat
Zeist, augustus 2020

Inhoudsopgave

Voorwoord	5
1 Eenzijdige wijziging, een hernomen introductie	13
<i>Leopold Holtus</i>	
1.1 Verandering: tijd en ruimte	13
1.2 Tijd: het arbeidscontract als duurovereenkomst	14
1.3 Ruimte: de onderneming als organisatie en gemeenschap	16
1.4 Arbeid als vorming	18
1.5 De arbeidsovereenkomst: contract of instituut?	19
1.6 Sferisch arbeidsrecht: over bellen, globes en gewelven	20
1.7 Een terugblik: het arbeidsreglement en de medezeggenschap	23
1.8 Van der Lely/Taxi Hofman en ‘de zwaarte van de toets’	29
1.9 Intermezzo: hoe rechtsvinding werkt	39
1.10 Stoof/Mammoet: de verbreding van de blik	41
1.11 Monsieurs c.s./Wegener: communicerende vaten	44
1.12 Terug naar Stoof/Mammoet	47
1.13 De collectieve arbeidsvoorwaardenvorming	51
1.14 Redistributie in tijden van crisis	52
1.15 Medezeggenschap, solidariteit en draagvlak: het Fair Play-arrest	53
1.16 ‘Open als een schelp, dicht als een steen’	61
2 Wat het zwaarste is, moet het zwaarste wegen	65
<i>Sjef de Laat</i>	
2.1 Het eenzijdige-wijzigingsbeding	65
2.1.1 Geschiedenis artikel 7:613 BW	65
2.1.2 De betekenis van het ingetrokken lid 2	66
2.1.3 Schriftelijk beding	67
2.1.4 Overgang van onderneming	68
2.2 Inhoud en samenstelling van ‘een beding’	68
2.3 Incorporatiebeding = eenzijdige-wijzigingsbeding?	68
2.4 Reikwijdte van het beding	70
2.5 Ambtshalve toetsing	71
2.6 Eenzijdige-wijzigingsbeding	71
2.6.1 Eenzijdige-wijzigingsbeding of nadere afspraak over invulling cao	71
2.6.2 Bevat de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) een eenzijdige-wijzigingsbeding?	72
2.6.3 Eenzijdige-wijzigingsbeding eist betrokkenheid OR	72

2.6.4	Bewoordingen niet duidelijk	73
2.6.5	'Het recht voorbehoudt ...'	74
2.6.6	Zinsnede in bonusregeling	74
2.7	Een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde	74
2.8	Wijzigen	77
2.9	Arbeidsvoorwaarde	78
2.9.1	Harmonisatie	78
2.9.2	Voorkomen CO ₂ -uitstoot en verantwoord ondernemen	80
2.9.3	Modernisering van arbeidsverhoudingen	80
2.9.4	Nieuwe wetgeving	81
2.9.5	Nevenwerkzaamheden	85
2.9.6	Severance-policy en deferral-beleid	85
2.10	Het gewicht en de zwaarte van arbeidsvoorwaarden	85
2.10.1	Zwaarwichtigheid en zwaarte van de arbeidsvoorwaarde(n)	85
2.10.2	De vier loonsverlagingsuitspraken uit 2013 en 2015	88
2.10.3	Meer waarde hechten aan standpunt OR?	89
2.10.4	Gevolgen voor secundaire arbeidsvoorwaarden?	90
2.10.5	Invloed OR	91
2.11	Lager loon en disfunctioneren	93
2.11.1	Andere vormen van loon en beloning	93
2.11.2	Discretionaire bevoegdheid werkgever bij remuneraties (bonus)	93
2.11.3	Beoordelingsvrijheid versus discretie	95
2.11.4	Hoever reikt de beslissingsvrijheid van de werkgever?	97
2.11.5	Drie vormen van (vermeende) discretie	98
2.11.6	Beslissingsvrijheid en evenredigheid/subsidiariteit	100
2.11.7	De uitspraak van de Hoge Raad over bonus	101
2.11.8	De invulling van goed werkgeverschap	102
2.11.9	Cicurel/Alcatel: het optievervalbeding	102
2.12	Provisie, jubileumuitkering, toeslagen, hypotheekrentekorting	104
2.12.1	Provisie	104
2.12.2	Jubileumuitkering	105
2.12.3	Hypotheekrentekorting	108
2.12.4	Onregelmatigheidstoeslag	109
2.12.5	Honoreringssystematiek (van vast en variabel salaris)	109
2.12.6	Ploegentoeslag	111
2.12.7	Dertiende maand	112
2.12.8	Periodieken	112
2.13	Het belang dat moet wijken en informatie	112
2.14	Vakantie	113
2.14.1	Vakantie, EU-Richtlijn 2003/88 en het EU-Handvest	113
2.14.2	Vakantie en Stoof/Mammoet	115
2.15	Hoe nu bij arbeidsduur?	116
2.15.1	Het 'instructierecht' van artikel 7:660 BW	117
2.15.2	Instructierecht en EVRM	118
2.16	Arbeidsduur, arbeidstijd, werktijd, roosters en spreiding van uren	118
2.16.1	Arbeidsduur	119
2.16.2	Voorvraag vóór toepassing van artikel 7:613 BW	119
2.16.3	Een andere oplossing: artikel 6:248 lid 2 BW?	121

2.16.4	Geen beperkende werking maar gewoon Stoof/ Mammoet ...	122
2.16.5	Wel arbeidsduurvermindering, maar geen lager loon	122
2.16.6	Arbeitsduur in Wfw	123
2.16.7	Invloed Wfw op artikel 7:613 of 7:611 BW bij aanpassing arbeidsduur	123
2.16.8	Rechtspraak 2008-2011	124
2.16.9	Rechtspraak tussen 2012 en 2020	124
2.17	Werktijd, BBA 1945, verbod van werktijdverkorting	128
2.18	Arbeidstijd(en) en (werk- of dienst)roosters	129
2.19	De betekenis van een cao voor de wijziging van de arbeidstijd	131
2.19.1	Geen cao en wel 'collectieve regeling'	132
2.20	Moet het privébelang altijd wijken?	133
2.21	(Werk)roosters	135
2.21.1	Is een werkrooster een arbeidsvoorwaarde?	136
2.21.2	Wat is dan die belangenafweging bij roosterwijzigingen?	137
2.22	Spreiding van uren	137
2.23	Bedrijfsauto, leaseauto, telefoon, laptop en onkosten	138
2.24	Functie	140
2.24.1	Het belang van 'de functie' voor een werknemer	140
2.24.2	Functiewijziging in de rechtspraak	141
2.24.3	Functie in de cao	144
2.25	Eerste tussenconclusie bij functiewijziging	150
2.26	Functie niet in cao (I)	151
2.27	Functiewijziging door of ten gevolge van arbeidsongeschiktheid	151
2.28	Wijziging van de functie door bedrijfseconomische factoren	152
2.29	Functie niet in cao (II)	153
2.30	Tweede tussenconclusie bij functiewijziging	154
2.31	Functiewijziging als disciplinaire maatregel	155
2.31.1	Invloed arbeidstuchtrecht	158
2.32	Oudere rechtspraak	160
2.32.1	Geen breuk met het verleden: opmerkelijke consistentie	164
2.33	Enkel verlaging functie of verlaging functie met verlaging loon of overplaatsing	165
2.33.1	Verlaging functie samen met verlaging loon of met standplaatswijziging en/of overplaatsing	166
2.34	Lagere functie = lager loon?	167
2.35	Lood om oud ijzer?	168
2.36	Overplaatsing en standplaatswijziging	169
2.36.1	Standplaatswijziging: vanwege bedrijfs- economische noodzaak en als disciplinaire maatregel?	169
2.37	Overplaatsing	171
2.38	Aanpassing arbeidsplaats ofwel arbeidsplek/werkplek	171
2.39	Pensioen, vervoersregelingen en onkostenvergoedingen	172
2.40	Europees recht en eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst	172
2.40.1	Grote verscheidenheid aan Europese regels ...	172
2.40.2	Ongelijke behandeling	173

2.40.3	Arbeidsvoorwaarde: opzegtermijn is een arbeidsvoorwaarde	175
2.40.4	Loonsverlaging	176
2.40.5	De Griekse leraar die werkt in Duitsland	178
2.40.6	Beloningssysteem (salaristrappen) aangepast	179
2.40.7	Overgang van onderneming en wijziging van arbeidsvoorwaarden	180
2.40.8	De pensioenleeftijd van de Poolse rechters	182
2.40.9	Conclusie Europees recht en eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden	184
3	Eenzijdige wijziging met betrekking tot vervoersregelingen, onkostenregelingen en pensioen	187
	<i>Ribca van Wijngaarden</i>	
3.1	Inleiding	187
3.1.1	Arbeidsvoorwaarden	187
3.1.2	Eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden	188
3.1.3	Bedrijfsauto	190
3.1.4	Leaseautoregeling	193
3.1.5	Reiskostenregeling woon-werkverkeer	219
3.1.6	Lijn in de rechtspraak	224
3.1.7	Conclusie vervoersregelingen	225
3.2	Inleiding onkostenregelingen	226
3.2.1	Conclusie onkostenregelingen	228
3.3	Inleiding pensioen	228
3.3.1	Arbeidsvoorwaarden	229
3.3.2	De pensioendriehoek; drie rechtsverhoudingen	229
3.3.3	Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden	230
3.3.4	Het eenzijdige-wijzigingsbeding	230
3.3.5	Geen wijzigingsbeding	230
3.3.6	Wijzigen van een pensioenovereenkomst	231
3.3.7	Wijzigen van een pensioenreglement	231
3.3.8	Negatieve optie	232
3.3.9	Instemmings- en adviesrechten op grond van de WOR	232
3.3.10	Pensioenrechtspraak	233
3.3.11	Pensioen na het einde van de arbeidsovereenkomst	243
3.3.12	Informatieverstrekking over de wijziging van een pensioenregeling	249
3.3.13	Conclusie pensioen	251
4	Wijziging van arbeidsvoorwaarden bij afwezigheid van een artikel 613-beding	253
	<i>Bas Westerhout</i>	
4.1	Hoe toetst de rechter roosterwijzigingen bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding?	253
4.2	Tussenconclusie	259
4.3	Is eenzijdige wijziging zonder eenzijdige-wijzigingsbeding – door de werkgever en/of de werknemer – mogelijk?	259
4.4	Parlementaire geschiedenis	260

4.5	De jurisprudentie van de Hoge Raad	261
4.6	Gedwongen instemming?	262
4.7	Eenzijdige wijziging en de jurisprudentie van het HvJ EU	264
4.8	Welke veranderingen in (bedrijfseconomische of bedrijfs-organisatorische) omstandigheden kunnen ertoe leiden dat de werknemer gehouden kan zijn in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst?	265
4.9	De werknemer die weigert in te stemmen	268
4.10	Conclusie	272
	Register	273

I Eenzijdige wijziging, een hernomen introductie

Leopold Holtus*

1.1 Verandering: tijd en ruimte

Onrust is van alle tijden. En verandering ook. Verandering die volgt op een periode van onrust, maar ook tot nieuwe onrust aanleiding kan geven. Verandering veronderstelt beweging. En beweging kan alleen bestaan als daar tijd en ruimte voor is. Zonder tijd – waarin de noodzaak tot verandering zich kan doen gevoelen en waarin verandering zich kan voltrekken – en zonder ruimte – waarin verandering haar beslag kan krijgen en waarin het veranderde zich aftekent tegen wat was – geen dynamiek. Ook niet in het recht, en zeker niet in het arbeidsrecht.¹

De ‘eigen-aardigheid’ van het arbeidsrecht² komen we, gezien de ontwikkelingen in dit rechtsgebied sinds de tweede helft van de twintigste eeuw, allang niet meer op het spoor door de wettelijke definitie die artikel 7:610 lid 1 BW van het begrip arbeidsovereenkomst geeft: ‘De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.’ De ondergeschiktheid van de werknemer, die volgt uit het element ‘in dienst van’, lang gezien als hét kenmerk dat de arbeidsovereenkomst onderscheidt van andere overeenkomsten die strekken tot het verrichten van werk tegen betaling, is aan vergaande erosie onderhevig. Van een ‘materiële’ gezagsrelatie, waarin de

* Leopold Holtus is senior stafjurist arbeidsrecht bij de rechtbank Midden-Nederland te Utrecht. Deze bijdrage is uiteraard geschreven op persoonlijke titel.

1 Het lijkt of vooral auteurs uit het verleden, toen de ontwikkelingen zich – voor ons gevoel – nog niet zo snel opvolgden als nu het geval is, zich in meer algemene zin hebben verdiept in het fenomeen van verandering in het arbeidsrecht. Zie bijvoorbeeld J.J.M. van der Ven, *Voortgang en stilstand van het arbeidsrecht. Een theoretische overdenking over verandering en veroudering van een rechtsfenomeen*, in: *Hedendaags arbeidsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.G. Levenbach, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966*, p. 345 e.v., en in: *De mens in zijn rechtsorde. Verzamelde opstellen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 299 e.v. Misschien komt dat omdat verandering, die noopt tot een vergelijking met vroeger of elders, toen nog in het oog sprong en wij nu de onderliggende continuïteit wat uit het oog dreigen te verliezen. Van der Ven: ‘Alle verandering vindt alleen maar plaats ten opzichte van het gelijke. Onder de verandering rust de identiteit, waardoor het alleen maar mogelijk is het latere anders dan het eerdere te noemen. De wisselvalligheid in het geschiedende valt slechts te meten in verhouding tot de continuïteit, zoals de vergelijking in het anders-zijn van het gelijktijdige alleen maar kan worden doorgevoerd op de grondslag van het “gelijkaardige”.’

2 Zie A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. Grondslagen van een modern arbeidsrecht* (oratie Rotterdam), 2012.

werkgever aan de werknemer instructies geeft over de inhoud van het te verrichten werk, is vaak geen sprake meer, omdat de arbeid zodanig gespecialiseerd en de werknemer dermate deskundig is, dat het gezag van de werkgever veelal ('formeel') beperkt is tot de inrichting van het arbeidsproces, de werkomgeving en de omstandigheden waaronder wordt gewerkt. De economische afhankelijkheid, die achter het element 'loon' schuilgaat, is daarbij voor de meeste werknemers wél nog net zo'n realiteit als honderd jaar geleden, omdat zij voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van de inkomsten uit arbeid. Daarom is het gerechtvaardigd om het arbeidsrecht, ook nu de werknemer mondiger en zelfbewuster is geworden, nog altijd – en onverminderd – als beschermingsrecht te duiden en geldt de ongelijkheidscompensatie, die de onevenwichtigheid in de relatie tussen de 'machtige' werkgever en de werknemer als de 'zwakkere' partij moet mitigeren, een gedachte die aan de merendeels dwingendrechtelijke regeling van Boek 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek (BW) ten grondslag ligt, onveranderd als de 'raison d'être' en 'roode draad' van het hele rechtsgebied.³

1.2 Tijd: het arbeidscontract als duurovereenkomst

Aan het element 'gedurende zekere tijd' in de wettelijke definitie wordt in de regel geen zelfstandige rol toegedicht, omdat ook een dienstverband voor een paar uren of een enkele dag – zeg maar de tijd waarin ook een koop- of vervoersovereenkomst pleegt te worden afgewikkeld – op een arbeidsovereenkomst steunt. Toch komt, zeker als het om de wijziging van arbeidsvoorwaarden en omstandigheden op het werk gaat, juist aan het karakter van het arbeidscontract als duurovereenkomst groot gewicht toe.⁴ De sociale werkelijkheid is nu eenmaal voor de meeste werknemers en werkgevers dat hun arbeidsverhouding enige tijd, niet zelden geruime tijd, voortduurt. In die tijd zijn partijen ingevolge artikel 7:611 BW, de arbeidsrechtelijke pendant van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 en 6:248 BW,⁵ verplicht zich jegens elkaar als goed werkgever en goed werknemer te gedragen. Maar het aspect tijd verwijst niet alleen naar de duur die ligt tussen het begin en het einde van de arbeidsovereenkomst. Het dienstverband werpt ook zijn schaduw voor- en achteruit: in de periode die aan de indiensttreding voorafgaat, wordt de verhouding tussen de aspirant-contractspartijen

3 L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, 1997.

4 J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990. Over het tijdsaspect schrijft Van Erp: 'Uiteraard is de overeenkomst een niet te verwaarlozen gebeurtenis in de zich ontwikkelende rechtsbetrekking, die van grote invloed is op de gehoudenheden die uit de rechtsbetrekking voortvloeien. Maar door uit te gaan van de rechtsbetrekking kan minder snel de indruk ontstaan dat alleen een overeenkomst de uitdrukking kan zijn van maximale intensiteit van de verhouding van partijen. Het vooropstellen van de rechtsbetrekking maakt, integendeel, bij voorbaat duidelijk dat er naast de overeenkomst nog andere – wellicht even belangrijke – bronnen van gehoudenheden tussen partijen kunnen bestaan.'

5 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, JAR 2004/68; NJ 2008/536, m.nt. E. Verhulp (Parallel Entry/KLM), waarin art. 7:611 BW wordt gekenschetst als de bepaling waarin 'de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden'. Een aanzet daarvoor was al gegeven in HR 5 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2866, NJ 1999/644, m.nt. PAS; JAR 1999/73 (Tulkens/FNV).

in de sollicitatiefase al beheerst door de precontractuele goede trouw, en ook nadat aan de arbeidsovereenkomst een einde is gekomen, blijven de eerdere contractspartijen gehouden hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de gewezen wederpartij.⁶ Het tijdsaspect doordringt ook de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Daarbij moeten niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar moet ook – of vooral – in de beschouwing worden betrokken hoe zij feitelijk aan hun overeenkomst uitvoering, en aldus daaraan inhoud, hebben gegeven.⁷ Dat laatste, de wijze waarop partijen in de loop der tijd feitelijk uitvoering aan hun overeenkomst geven, kan ook meebrengen dat het oorspronkelijke karakter van het dienstverband (bijvoorbeeld dat van tijdelijke kracht op uurloonbasis) verloren is gegaan doordat langdurig fulltime hetzelfde werk is verricht als het vaste personeel in de onderneming, waardoor tussen partijen een arbeidsverhouding is ontstaan die zich in vrijwel niets onderscheidt van die met het vaste personeel en daarmee dan ook op één lijn moet worden gesteld.⁸ Recent is het tijdsaspect door de Hoge Raad ook uitdrukkelijk genoemd als een van de gezichtspunten bij de beantwoording van de vraag of en wanneer uit een door de werkgever gevolgde gedragslijn voortvloeit dat sprake is van een door de werknemer verworven recht.⁹ In dit boek staat de (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst en van de daarin voorkomende arbeidsvoorwaarden

-
- 6 HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*), waarin werd overwogen ‘dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij; dat dit onder meer medebrengt, dat voor dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste voorstellingen zijn toestemming geeft’.
- 7 Zie onder meer HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, JAR 1997/2263; NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, NJ 2007/449, m.nt. E. Verhulp (*Thuiszorg Rotterdam/PGGM*); HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, JAR 2011/109 (*De Gouden Kooi*); HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, JAR 2020/52, m.nt. E. Verhulp. Verder: E. Verhulp, *De ‘eigenaardigheid’ van het arbeidsrecht*: DCW/Blakborn, in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en Dun (liber amicorum voor Rogier Duk)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 223 e.v. Zie ook E. Verhulp, *Het definiëren van de arbeidsovereenkomst*, in: *Deining (liber amicorum voor Sjeff de Laat)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 255 e.v., waarin – in het licht van de actuele problematiek van de zelfstandige zonder personeel (zzp’er) en de daarbij betrokken maatschappelijke (andere dan partij)belangen – wordt betoogd dat de Hoge Raad aan contractspartijen ‘niet de vrijheid (...) heeft willen geven om de overeenkomst zelf bindend te duiden, maar dat het gaat om de beoordeling van de feitelijke invulling die partijen zelf beogen te geven aan de overeenkomst, of daaraan daadwerkelijk hebben gegeven. (...) De Hoge Raad heeft die bewuste partijbedoeling om juist niet een arbeidsovereenkomst te sluiten wegens fiscale of andere niet-inhoudelijke redenen (...) dan ook eenvoudig gepasseerd’, aldus Verhulp. Terzijde: *Deining* is digitaal toegankelijk op het internet (zoek op: franspennings.org).
- 8 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, JAR 1994/94; NJ 1994/704, m.nt. PAS (*Agfa/Schoolderman*).
- 9 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, JAR 2018/183 (*FNV/PontMeyer*). Zie over dit arrest S. Sagel, *Maakt gewoonte recht of blijven goede daden onbestraft? Over het ontstaan van arbeidsvoorwaarden door een gedragslijn – enkele lessen uit FNV/PontMeyer*, in: *Deining (liber amicorum voor Sjeff de Laat)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 61 e.v.

centraal. Het behoeft geen betoog dat ook daarbij het aspect tijd, zowel in retrospectieve als in anticiperende zin, dus zowel bij het omzien naar wat was als bij het vooruitzien naar hoe het zal worden, een belangrijke rol speelt.

1.3 Ruimte: de onderneming als organisatie en gemeenschap

Aan de wettelijke definitie van artikel 7:610 lid 1 BW, waarin de arbeidsovereenkomst is vormgegeven als een verhouding tussen twee partijen, is evenmin af te lezen dat de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer sterk is verweven met de omgeving waarin de arbeid wordt verricht en met (de belangen van) anderen, die vanuit het perspectief van de beide partijen bij de arbeidsovereenkomst als 'derden' plegen te worden betiteld, maar die vaak nauw bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst betrokken zijn¹⁰ en daarop hun invloed uitoefenen.

Als we ons hier beperken tot wie zich in de directe omgeving van contractspartijen bevinden (en even voorbijzien aan bijvoorbeeld 'externen' zoals de afnemers van geproduceerde goederen en geleverde diensten, de consumenten als (eind)gebruikers of verbruikers ervan, financiers, andere vennootschappen en werkmaatschappijen van hetzelfde concern, de concurrenten van het bedrijf, elkaar opvolgende werkgevers, in- en uitleners van personeel, pensioenverzekeraar of -fonds en het milieu), moeten 'stakeholders' als aandeel- en toezichthouders, medewerkers en anderen die – meer of minder 'zij-aan-zij'¹¹ – met hen in de onderneming arbeid verrichten, samenwerkende afdelingen of teams, de ondernemingsraad (of een ander medezeggenschapsorgaan), werkgeversorganisaties en vakbonden worden genoemd. De tweepartijenovereenkomst van werkgever en werknemer maakt zo onderdeel uit van een groter, soms wereldwijd verakt, samenhangend geheel. Bij dit 'ruimtelijke' aspect van de arbeidsverhouding is de onderneming het kernbegrip.

De onderneming in organisatorische zin heeft in het verleden veel pennen in beweging gebracht. Die beschouwingen hebben hun waarde behouden, ook nu we ons bij typisch industriële fenomenen als fabriek en werkplaats niet zoveel meer kunnen voorstellen (al kan een rondje over het plaatselijke bedrijventerrein

¹⁰ J.L.P. Cahen, Kortsluiting in contractuele verhoudingen, RMThemis 1965, p. 473 e.v. Daaruit: 'De aanwezigheid van een nauw bij de overeenkomst betrokken derde, die een storende invloed vormt voor de afwikkeling van de overeenkomst, is een veelvuldig voorkomend verschijnsel, waarvan mijns inziens de gemeenschappelijke oorzaak gelegen is in de werking van de overeenkomst zoals deze traditioneel wordt opgevat. Naar algemeen wordt aanvaard, heeft de overeenkomst uitsluitend gelding tussen de contractanten en niet ten opzichte van derden.' En: 'In vele gevallen is de gesloten overeenkomst niet te isoleren van de eromheen gegroepede rechtsbetrekkingen en dient daarom aan de bij deze verhoudingen betrokken subjecten een positie te worden toegekend, die zich onderscheidt van die van de gewone derde. Dit gebeurt in feite reeds daar waar aan de uitoefening van de contractuele rechten het belang van een bepaalde derde ten grondslag wordt gelegd. De erkenning van een categorie – gesitueerd in dit grensgebied, binnen het bereik van het contractuele krachtveld – acht ik de erkenning van een bestaande ontwikkeling en van een voortzetting ervan.'

¹¹ Ik ontleen deze term aan de 'Leidraad tariefafspraken zzp'ers' van de Autoriteit Consument & Markt van 2019.

die herinnering nog altijd aardig opfrissen). Van der Ven¹² beschrijft de mens als ‘gemeenschapswezen’ (‘zoöön politikon’) en typeert de onderneming als ‘menselijke gemeenschap’. Hij benadrukt aspecten als ge- en verbondenheid, samenwerking, saamhorigheid, wederkerigheid en verantwoordelijkheid. De gemeenschap heeft ten doel individuele behoeften en tekorten te compenseren en daarvoor is het nodig dat de gemeenschap zich zowel openstelt naar haar omgeving als zich daarvoor afsluit. Van der Ven:

‘Want ofschoon de mensheid in beginsel de ganse haar toegemeten ruimte van aardoppervlak, ondergrondse en sferische ruimten ook als gemeenschapsruimte bestemt en benut, heeft de gemeenschap voor haar concrete bestaan toch slechts, ja juist, de besloten, begrensde, overzichtelijke ruimte nodig.’

De Gaay Fortman,¹³ die in zijn dissertatie de arbeidsovereenkomst ‘de poort der onderneming’ had genoemd, haalt Levenbach aan, waar deze de arbeidsovereenkomst als een ‘organisatieverhouding’ beschreef:

‘De arbeidsverhouding is een organisatieverhouding. De arbeider treedt door haar binnen in een organisatorisch geheel, een arbeidsgeheel. (...) Het organisatorisch karakter van de arbeidsverhouding heeft voorts een verdere strekking dan alleen maar de inschakeling in het arbeidsgeheel, aan het hoofd waarvan de werkgever staat. Vaak zal dat arbeidsgeheel zelf weer een plaats hebben in een bedrijfstak. In ieder geval wordt het omsloten door de nationale economische gemeenschap.’

Daaraan kan de internationale, Europese of globale, dimensie worden toegevoegd.

Waar het contract als aanknopingspunt voor arbeidsrechtelijke regelgeving allengs minder vanzelfsprekend werd, is daarin steeds vaker het begrip onderneming, met zijn maatschappelijk-organisatorische lading, centraal komen te staan. Zo wordt de onderneming in artikel 1 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) omschreven als een ‘in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst (...) wordt gewerkt’. In de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi), die het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door intermediairs regelt, wordt het ondernemingsbegrip uit de WOR overgenomen. Waar het er in de regeling van de rechten van de werknemer bij overgang van onderneming op aankomt of de overgedragen onderneming als economische eenheid haar identiteit heeft behouden, definieert artikel 7:662 lid 2 BW de ‘economische eenheid’ als ‘een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit’.

12 J.J.M. van der Ven, Sociologische opmerkingen over de onderneming (1948) en Gemeenschap (1957), in: De mens in zijn rechtsorde. Verzamelde opstellen, Deventer: Kluwer 1981, p. 328 e.v. resp. p. 83 e.v.

13 W.F. de Gaay Fortman, De onderneming in het arbeidsrecht (diss. Amsterdam VU), 1936 en W.F. de Gaay Fortman, Arbeid, arbeidsovereenkomst en arbeidsverhouding, in: Hedendaags arbeidsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.G. Levenbach, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 112 e.v.

1.4 Arbeid als vorming

Met de hiervoor besproken elementen van de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW – ‘in dienst van’, ‘loon’, ‘tijd’ en de ‘werkgever-werknemerrelatie’ – hebben we het meest in het oog springende nog niet genoemd: ‘arbeid’. Voor wat hierna in dit hoofdstuk volgt, is van belang dat dit element, meer naar zijn wezen geschouwd dan in juridisch-technische zin opgevat, de andere elementen, in het bijzonder de bovengenoemde historiciteit en ruimtelijkheid van de arbeidsverhouding, doordeseemt. Ik doel op wat wel is aangeduid met het begrip ‘verheffing tot algemeenheid’ (‘Erhebung zur Allgemeinheit’), dat teruggaat op Hegel en moet worden gesitueerd in wat bij onze oosterburen ‘Bildung’ heet, wat in het Nederlands – wat vlakjes – met ‘vorming’ kan worden vertaald. Dit begrip staat voor de ontwikkeling van de mens tot een redelijk wezen, niet alleen door theoretische scholing, maar vooral door praktische vorming. Het gaat om een leerproces waarin de mens van zichzelf leert afzien, zijn blik (in plaats van alleen op zijn eigen particuliere situatie) op iets algemeen kan richten en zo zijn eigen bijzondere geval in relatie tot het meer algemene leert beoordelen. Daarbij passen termen als toewijding, bedachtzaamheid, openheid en ontvankelijkheid voor het andere, het vreemde. Arbeid wordt dan gezien als een opoffering van de bijzonderheid omwille van het algemene, als geremde begeerte, waarbij het ding (het voorwerp van de arbeid) wordt gevormd in plaats van (zoals bij consumptie) verteerd. Zoals Gadamer¹⁴ schreef:

‘Door het voorwerp te vormen, dus onzelfzuchtig bezig te zijn en zorg te dragen voor iets algemeen, verheft het arbeidende bewustzijn zich boven de onmiddellijkheid van zijn bestaan tot algemeenheid – oftewel, zoals Hegel het uitdrukt: door het ding te vormen, vormt het zichzelf. Wat hij bedoelt is dat de mens door iets te “kunnen”, door een vaardigheid te verwerven, een gevoel krijgt van eigenwaarde. Wat hem in de onzelfzuchtigheid van het dienen ontzegd leek, voor zover hij zich geheel ondergeschikt maakte aan het oogmerk van een ander, valt hem ten deel voor zover hij arbeidend bewustzijn is. Als zodanig vindt hij in zichzelf een eigen zin, en het is volstrekt juist van de arbeid te zeggen dat hij vormend is.’

Maar zoals tijd en ruimte zich niet onbegrensd laten denken – in oneindigheid is er geen beweging en we kunnen niet zonder een begin en eind –, zo heeft ook de ‘verheffing tot algemeenheid’ een kritische limiet (na Hegel kwam Marx). Waar die ligt, is mede onderwerp van ons thema.

14 H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1975 (de Nederlandse vertaling ‘Waarheid en methode. Hoofdlijnen van een filosofische hermeneutiek’ is van Mark Wildschut, Nijmegen: Vantilt 2014, p. 25).

1.5 De arbeidsovereenkomst: contract of instituut?

Waar de wetgever van 1907 ervoor heeft gekozen om het arbeidsrecht vorm te geven als arbeidsovereenkomstenrecht en de privaatrechtelijke regeling ervan op te nemen in het BW,¹⁵ is in de loop van de twintigste eeuw, naast of tegenover de zogenoemde contractuele leer, die vasthoudt aan de verbintenisrechtelijke aard van de arbeidsverhouding, steeds vaker – wat is gaan heten – de institutionele theorie gesteld en verdedigd. Daarin krijgt, ter relativering van het contract met zijn civielrechtelijke, primair individuele en eenmalige ('gebeurtenisachtige') insteek, de ontwikkeling van de arbeidsverhouding in de loop der tijd en binnen de context van de onderneming meer nadruk en wordt – daarmee – zowel het duurkarakter als de organisatorische inbedding van de arbeidsovereenkomst in de onderneming vooropgesteld. De arbeidsovereenkomst werd wel gedegradeerd tot het 'entreebiljet'¹⁶ dat weliswaar toegang geeft tot de arbeidsorganisatie, maar daarmee 'ook haar taak volbracht'¹⁷ heeft. Deze wat gechargeerde formuleringen zijn op ferme kritiek komen te staan van hen die de contractuele oorsprong en de gelaagde structuur van het BW blijven benadrukken. Die critici hebben mijns inziens net zoveel gelijk als dat ze het mis hebben. Natuurlijk worden de drie pijlers van het klassieke contractbegrip – contractsvrijheid, consensualisme en de verbindende kracht van de overeenkomst – als het dienstverband eenmaal zijn aanvang heeft genomen niet zonder meer afgeschud en blijven wil, vertrouwen en toerekening, zoals die in Boek 3 en 6 BW hun uitdrukking hebben gevonden, in de onderlinge partijrelatie van belang. Maar het is onmiskenbaar dat hun werking onder druk komt te staan zodra de bovengenoemde temporele en ruimtelijke aspecten, die de sociale werkelijkheid van de arbeidsverhouding kenmerken, zich aan contractspartijen opdringen. Zo beschouwd zijn de beide 'leren' of 'theorieën' zijden van een en dezelfde medaille en is van een 'schisma'¹⁸ geen sprake.

Hier moet worden benadrukt dat waar critici van de institutionele benadering menen dat alleen door het vooropstellen van de contractuele insteek 'de bescherming van de werknemer' werkelijk tot haar recht kan komen en dat in de institutionele denkwijze 'het belang van de werkgever' te veel nadruk krijgt, zij niet alleen – ten onrechte – veronderstellen dat het ondernemingsbelang samenvalt met het werkgeversbelang, maar er ook te gemakkelijk van uitgaan dat de toets die moet worden aangelegd als het aankomt op de vraag of de werknemer zich een door zijn werkgever verlangde wijziging van de arbeidsovereenkomst moet laten welgevallen minder streng, en 'werknemersvriendelijker', is in de institutionele dan in de contractuele benadering. Dat is niet zo. Niet alleen is de idee dat de werknemer het voor zijn rechtspositie vooral moet hebben van het arbeidscontract, een vertekening van de werkelijkheid, waarin contracten vaak

15 Zie hierover Y. Koniijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 15 e.v.

16 De term is van P.S. Gerbrandy, *Anti-revolutionaire staatkunde*, 1934, p. 546.

17 De Gaay Fortman 1936, p. 31.

18 B.H.M. Moonen, *Het arbeidsrechtelijke schisma: contract of institutie?*, *Arbeid Integraal*, februari 2004, p. 5 e.v.

door (de juridisch adviseur van) de werkgever worden geredigeerd als model of standaard die voor gebruik in een veelheid van gevallen bestemd is en waarin vooral de rechten en bevoegdheden aan werkgeverszijde, binnen de ruimte die de wettelijke regels laten, plegen te worden benadrukt. Zelden ontbreekt dan een eenzijdige-wijzigingsbeding, waarbij de werkgever zichzelf de bevoegdheid geeft om arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De werknemer, voor wie de inhoud van de arbeidsovereenkomst vanwege zijn economische afhankelijkheid niet of nauwelijks onderhandelbaar is, rest veelal niet anders dan ‘slikken of stikken’ en ‘tekenen bij het kruisje’. Garandeert een dergelijk ‘adhesiecontract’ de werknemer zo meestal weinig bescherming, omgekeerd geldt dat in de institutionele benadering de belangen van de werknemer geenszins op het tweede plan raken. Of de werkgever ten nadele van de werknemer een wijziging kan doorvoeren, zal afhangen van een zorgvuldige en integrale weging van de betrokken belangen, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval, welke ‘leer’ je ook zou aanhangen. Daarbij zal het belang van de onderneming als geheel nu eens meer diepgang geven aan het belang dat de werkgever bij een wijziging heeft, en zal dan weer blijken dat het welbegrepen organisatiebelang meebrengt dat het belang van de werknemer dat door een wijziging wordt geschaad niet voor dat van de werkgever hoeft te wijken. En precies daarover moet het debat in verandergeschillen gaan. Ik kom hierop terug als ik de institutionele insteek nader heb geëxploreerd. Op voorhand kan niet worden uitgesloten dat die ‘breder’, meer contextualistische benadering toch ergens op een uiterste grens stuit. Of die grens door het klassieke contractbegrip wordt getrokken, moet blijken. Voor dit moment kan worden volstaan met de constatering dat de institutionele optiek ertoe bijdraagt om de karakteristiek van de arbeidsovereenkomst als duur-overeenkomst en als organisatieverhouding in beeld te brengen. En dat helpt om recht te doen aan de eigen-aardigheid van het arbeidsrecht.

1.6 Sferisch arbeidsrecht: over bellen, globes en gewelven

Zijn er andere middelen om de aspecten tijd en ruimte, in het kader van ons onderwerp, nog wat indringender voor het voetlicht te brengen? Beelden kunnen daarbij helpen. ‘De architectuur van het arbeidsrecht’¹⁹ is zo’n beeld. Ik neem een uitstapje naar het gedachtegoed van de Duitse cultuurfilosoof Peter Sloterdijk, die in zijn *Sferen*-trilogie²⁰ een breed uitwaaierend beeld geeft van de cultuurgeschiedenis van de afgelopen vijf eeuwen. Zijn stelling is dat menselijke betrekkingen vormverhalen (‘Formgeschieden’) zijn en dat het daarbij draait om het creëren van binnenruimten die beschermen tegen invloeden van buitenaf. Mensen wapenen zich technisch – en juridisch – tegen van buiten komende

19 Zie P.F. van der Heijden, Een nieuwe rechtsorde van de arbeid. Op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht, in: Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 1 e.v.

20 P. Sloterdijk, *Sferen I. Bellen. Microsferologie*, 1998; P. Sloterdijk, *Sferen II. Globes. Macrosferologie*, 1999; P. Sloterdijk, *Sferen III. Schuim. Plurale sferologie*, 2004 (in het Nederlands vertaald door Hans Driessen, Amsterdam: Boom 2003 en 2009).

bedreigingen door het bouwen van immuunsystemen,²¹ binnenruimten die veiligheid en geborgenheid bieden. De sferen van Sloterdijk zijn ‘morfo-immunologische bouwsels’, ruimtescheppingen die als schild dienen. Waar wij, juristen, bij schematisering van relaties tussen (rechts)personen onze toevlucht plegen te zoeken tot meer rechtlijnige meetkundige vormen (de contractuele verhouding is dan een rechte lijn en meerpartijenverhoudingen worden geschetst als driehoeken, soms, zoals in het cao-recht, aaneengeschakeld langs de diagonalen van een vierkant), daar schildert Sloterdijk zijn ‘sferengeschiedenis’ van de mens-in-zijn-wereld aan de hand van de bol, het ronde. Dat heeft voordelen.²² In zijn microsferologie staat bij Sloterdijk de bel (denk aan een zeepbel, maar dan als tweeling) voor de tweepolige, polaire intimiteit van het paar: ‘een ellipsoïde geestes- en belevingsruimte van twee polair naar elkaar toegewende en bij elkaar behorende bewoners’. Sloterdijk illustreert dit beeld met de installatie ‘La parole’ (1998) van de Argentijnse kunstenaar Pablo Reinoso.²³ We zien twee mensen die op een afstand van enkele meters met het gezicht naar elkaar toe staan en van wie de hoofden zich bevinden in een Zeppelinachtige, semitransparante constructie, die zij als het ware op hun schouders dragen. De ellips vormt een binnenwereld die de twee afsluit van hun omgeving: ze kijken naar – en zien vooral – elkaar. Is er een mooiere verbeelding van het klassieke contractbegrip? Op macroniveau wordt de bel bij Sloterdijk tot een globe: de kracht van het bij elkaar horen wordt in de loop van de geschiedenis overgedragen op communes, teams, bedrijven en volken als ‘overlevingsgemeenschappen’. Voor het arbeidsrecht valt te denken aan de onderneming, in een geglobaliseerde wereld: het internationale concern. In het derde deel van zijn drieluik stelt Sloterdijk het schuim centraal. Dat belichaamt voor hem ‘het ideale cofragiele systeem waarin een optimale interdependentie bereikt is’. De geschiedenis van het schuim is die van ‘immanent groeiende inclusieruimten’, waarin de ‘gecoïsoleerde ruimten’ een zo grote mate van interne spanning bereiken dat hun gemeenschappelijke bestaan voor langere tijd verzekerd is. In onze tijd van platformisering,

21 We komen de term ‘immunitet’ ook tegen bij C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, 1999, waar hij, sprekende over het beginsel van de relativiteit van de contractwerking als uitvloeisel van het autonomiebeginsel, opmerkt: ‘Het beginsel garandeert partijen en derden in hun betrekkingen over en weer echter geen immunitet. Het verhindert niet dat in verband met een overeenkomst voor derden rechten of verplichtingen ontstaan. Wel verlangt het dat men voor die rechten en verplichtingen een andere bron aanwijst dan enkel die overeenkomst. Aldus blijkt het vraagstuk van de derdenwerking van overeenkomsten onderdeel te zijn van het vraagstuk van verbintenissen en rechtsplichten in het algemeen.’

22 Sloterdijk (2004) waarschuwt voor, wat hij noemt, ‘een overdreven reductionistische meetkunde’ waartoe de vergelijking met een netwerk kan verleiden: ‘[I]n plaats van de eigenruimtelijkheid van de met elkaar in verband te brengen communicatoren te benadrukken, suggereert de netwerkvergelijking het beeld van onuitgebreide punten die als intersecties van lijnen met elkaar verbonden zijn – een universum voor dataverzamelaars en anorectici’ (p. 177). In mijn bijdrage aan het liber amicorum voor Sjeff de Laat (Deining, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019), ‘My My, Hey Hey...’ Over ruimte, sfeer en schuim in het arbeidsrecht, p. 145 e.v., heb ik in dat verband een ‘ronder’ arbeidsrecht voorgesteld. Dat zou aan de wederkerigheid van de arbeidsverhouding, waarover P.F. van der Heijden, *De wederkerige arbeidsbetrekking*, in: *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 43 e.v., een extra dimensie kunnen geven.

23 Afbeeldingen zijn te vinden op het internet. Zoek op: ‘Pablo Reinoso parole’.

zzp-isering en ‘versplinterde werkplekken’²⁴ is de associatie met moderne arbeidsverhoudingen in geschakelde constellaties snel gelegd.

De Amerikaanse architect en designer R. Buckminster Fuller (1895-1983), die ook door Sloterdijk wordt besproken, is de uitvinder van de ‘geodesic dome’, de geodetische²⁵ koepel. Dat is, naast die van Reinoso, de tweede architectonische vorm waarop ik hier wil wijzen. Het gaat om een bolvormige constructie die is opgebouwd uit een veelheid van aaneengeschakelde driehoeken. Hierdoor kan met een minimum aan materiaal (vaak metaal of hout) een maximum aan volume worden overspannen. De (stenen) muren die door middel van drukspanning de binnenruimte van een huis of gebouw omsluiten en de constructie dragen, zijn – als ‘achterhaalde statica’, zegt Sloterdijk – vervangen door een transparant gewelf dat aan trekspanning zijn stevigheid ontleent en een grote openheid naar de omgeving garandeert:

‘From the inside there will be uninterrupted contact with the exterior world. The Sun and Moon will shine in the landscape, and the sky will be completely visible, but the unpleasant effects of climate, heat, dust, bugs, glare, etc. will be modulated by the skin to provide Garden of Eden interior.’²⁶

Dit beeld kan hier in verbinding worden gebracht met de opvatting van Vranken,²⁷ die signaleert dat het overeenkomstenrecht nog altijd, volgens hem al te zeer, steunt op het uitgangspunt van de partijautonomie en het denken in tweepartijenverhoudingen. Hij meent dat veel verwarring kan worden voorkomen wanneer in het contractenrecht het denken vanuit de partijautonomie, zeg: vanuit de overeenkomst als de omringende muur, wordt losgelaten:

‘Het is meer in overeenstemming met de werkelijkheid wanneer men op voorhand erkent dat men niet kan doen en laten wat men wil, maar dat er tot op zekere hoogte altijd plichten ten opzichte van anderen zijn waar men in het rechtsverkeer mee te maken heeft. Een beschrijving van het contractenrecht in termen van deze plichten – met name informatie-, waarschuwings-, medewerkings- en zorgplichten – verdient daarom mijns inziens de voorkeur.’

24 N. Zekić, Economische ongelijkheid: een verkenning vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht, *ArA* (13) 2019, afl. 2, p. 3 e.v. ontleent deze term aan D. Weil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Cambridge/Londen: Harvard University Press 2014.

25 De term verwijst naar de gebogen lijn die twee punten op het aardoppervlak met elkaar verbindt.

26 R. Buckminster Fuller, *Your Private Sky. The Art of Design Science*, Lars Müller Publishers 1999, p. 434. Zie ook R. Buckminster Fuller, *Operating Manual for Spaceship Earth*, Lars Müller Publishers 1969 en R. Buckminster Fuller, *Ideas and Integrities*, Lars Müller Publishers 1963.

27 Zie o.a. J.B.M. Vranken, Overeenkomst en derden na tien jaar BW: een kritische evaluatie, *WPNR* 2002, afl. 6472, p. 39-47 en J.B.M. Vranken, Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht, in: T.F.E. Tjong Tjin Tai, R.A.J. van Gestel & J.J.A. Braspenning (red.), *Cirkels. Een rondgang door het werk van Jan Vranken*, Deventer: Kluwer 2013.

Deze ‘plichten’ van Vranken hebben een vergelijkbare functie als de – ogenschijnlijk net zo fragiele – verbindingen waaraan de gewelven van Buckminster Fuller hun kracht ontleenen. Vranken wijst zo de weg van druk- naar trekspanning in contractuele verhoudingen. Volgens hem past ook ‘het contract als tweerelatie’ niet meer in de maatschappelijke realiteit waarin meerpartijenverbindingen nu eenmaal veelvuldig voorkomen:

‘Overeenkomsten zijn geen eilanden meer van waaruit verbindingen met derden moeten worden geslagen, maar schakels in een groter geheel. Ik beschouw de overeenkomst dan ook als de kern van een netwerk van mogelijke rechtsbetrekkingen tussen contractanten en anderen. (...) Hoe dan ook is het van belang de relaties tussen betrokkenen niet gefragmenteerd te beschouwen, maar in hun onderlinge samenhang.’

Als we die denkrichting doortrekken naar ons onderwerp, de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst, dan komen we uit op een sferische benadering van het arbeidsrecht, waarin zowel het immunitieitsoogmerk van de arbeidsgemeenschap als de openheid naar en de communicatie met de omgeving van de onderneming het gewicht kunnen krijgen dat ze verdienen. De door Vranken genoemde informatie-, waarschuwings-, medewerkings- en zorgplichten kunnen worden geïntegreerd in de redelijkheid en billijkheid die aan goed werkgever- en ondernemerschap en goed werknemerschap ten grondslag liggen. Daarmee komen beginselen van zorgvuldigheid, verantwoording en motivering, evenredigheid, vertrouwen en gelijkheid alsook het verbod van willekeur en zuiverheid van oogmerk²⁸ in beeld. Maar ook kan een brug worden geslagen naar fundamentele waarden en doelstellingen als democratie, (collectief) overleg en medezeggenschap, solidariteit, menselijke waardigheid en emancipatie, sociale inclusie en redistributie.²⁹ Dat moet verder worden uitgewerkt. Maar op voorhand kan niets van dit alles worden uitgesloten van (betekenis in) het debat over, en de rechterlijke beoordeling van de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Ze komen in beginsel alle in aanmerking als aspecten, facetten of gezichtspunten (of hoe je ze ook zou willen noemen) die ertoe kunnen bijdragen dat de aan het arbeidsrecht inherente spanning tussen ondernemersvrijheid en werknemersbescherming wordt opgevangen en gereguleerd.

1.7 Een terugblik: het arbeidsreglement en de medezeggenschap

Kijken we naar de juridische vormgeving van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Hoe zijn we gekomen waar we nu zijn? En wat valt daaruit

28 Zie o.a. P.F. van der Heijden, Algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap, NJB 1984, p. 1385 e.v.; B.H.A. van Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming, Deventer: Kluwer 1990; G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 29; tweede druk), Deventer: Kluwer 1999.

29 Zekić 2019, p. 3 e.v.

te leren?³⁰ In den beginne was ... het arbeidsreglement. Voor de wetgever van 1907 was dit – in de tijd dat de collectieve arbeidsovereenkomst nog niet wettelijk was geregeld (dat zou nog twintig jaar duren) – hét instrument van de werkgever om eenzijdig collectieve regelingen van arbeidsvoorwaarden tot stand te brengen en te wijzigen. Daarbij werd geen onderscheid gemaakt naar de aard van de arbeidsvoorwaarden. Het kon gaan om primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden. Verder bevatten arbeidsreglementen voorschriften die de orde in de onderneming betroffen en de dagelijkse gang van zaken bij de arbeid regelden. Op overtreding van die ordevoorschriften waren vaak (hoge) boetes gesteld. De wettelijke regeling van het arbeidsreglement was opgenomen in de artikelen 1637j-1637m (oud) BW. Artikel 1637j (oud) BW bepaalde dat een door de werkgever vastgesteld reglement voor de arbeider (zoals de werknemer toen nog heette) slechts verbindend was, indien deze schriftelijk heeft verklaard zich met dat reglement te verenigen en er tevens voldaan was aan een drietal formele vereisten: de werkgever moest een volledig exemplaar van het reglement kosteloos aan de arbeider verstrekken, een door de werkgever ondertekend exemplaar van het reglement moest ter inzage zijn gelegd ter griffie van het kantongerecht binnen het rechtsgebied waarvan de onderneming gevestigd was, en een volledig exemplaar van het reglement moest op een voor de arbeider gemakkelijk toegankelijke plaats, zo mogelijk in het arbeidslokaal, duidelijk leesbaar zijn opgehangen. Nietig was een verklaring van de werknemer waarbij hij zich bij voorbaat verbond om zich met elk in de toekomst vast te stellen reglement, of met elke toekomstige wijziging, te verenigen (art. 1637l (oud) BW). Was die bepaling bedoeld om de werknemer te beschermen, de wettelijke regeling had ook een (wat Fase eens, eufemistisch, noemde) ‘lelijk trekje’, waar artikel 1637k (oud) BW bepaalde dat als de arbeider na vaststelling van een nieuw reglement of bij wijziging van een bestaand reglement weigerde te verklaren dat hij zich daarmee verenigde, die weigering werd aangemerkt als een opzegging van de dienstbetrekking tegen de dag van inwerkingtreding van het (gewijzigde) reglement.³¹

In 1927 trad de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) in werking. En in de WOR van 1950 kreeg het hoofd of de bestuurder van een onderneming de verplichting opgelegd om met de ondernemingsraad overleg te plegen, alvorens een arbeidsreglement als bedoeld in artikel 1637j-1637m (oud) BW vast te stellen, te wijzigen of aan te vullen. Bij de wijziging van de WOR in 1971 werd in artikel 27 lid 1 onder a aan de ondernemingsraad het instemmingsrecht verleend met betrekking tot het reglement als bedoeld in artikel 1637j (oud) BW. De wetgever beoogde daarmee de wettelijk voorgeschreven instemming van de individuele werknemer met een nieuw of gewijzigd arbeidsreglement door de tussenkomst van de ondernemingsraad meer inhoud te geven. Dit werd nodig gevonden omdat de werknemer tegen een wijziging van het arbeidsreglement als eenling weinig in te brengen had.

30 Zie voor de geschiedenis van eenzijdige wijziging, tot 2008, ook het eerste hoofdstuk van de eerste druk van dit boek: J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 36), Deventer: Kluwer 2008.

31 Over de wettelijke regeling en het gebruik van het arbeidsreglement in de praktijk: F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, 1987.

In de praktijk bleek dat menig werkgever zijn arbeidsreglement niet kosteloos aan zijn werknemers ter hand stelde, niet bij de griffie ter inzage legde en/of in het arbeidslokaal ophing. Dat deed ook IBM niet. IBM maakte gebruik van een personeelsgids, een losbladig boekwerk waarin zowel arbeidsvoorwaardelijke regelingen als algemene informatie over de gang van zaken in het bedrijf waren opgenomen. In de arbeidsovereenkomsten die IBM met individuele werknemers sloot, werd naar die personeelsgids verwezen. Toen IBM de autokostenregeling in haar personeelsgids eenzijdig wijzigde, claimde de centrale ondernemingsraad (COR) het instemmingsrecht en riep de nietigheid van de wijziging in. Dit leidde tot een procedure in drie instanties tussen IBM als ondernemer en de COR als medezeggenschapsorgaan. In cassatie was de vraag of de autokostenregeling moest worden aangemerkt als (onderdeel van) een arbeidsreglement in de zin van artikel 1637j (oud) BW, óók nu niet aan de wettelijke vereisten voor de verbindendheid van een arbeidsreglement was voldaan. De Hoge Raad³² stelde voorop dat 'niet is uitgesloten dat sprake is van een reglement als bedoeld in artikel 1637j BW, ook al is niet voldaan aan alle vereisten voor verbindendheid daarvan voor de werknemers, bijv. doordat de nederlegging ter griffie of de ophanging in het arbeidslokaal achterwege zijn gebleven'. Hierop liet de Hoge Raad, teruggrijpend op een ouder arrest,³³ een overweging volgen die voor de verdere ontwikkeling van het leerstuk van de eenzijdige wijziging van groot belang is:

'Dit zal met name het geval zijn, wanneer er goede grond is om aan te nemen dat de werkgever een verbindendheid voor werknemers heeft beoogd op de voet van een reglement in de zin van art. 1637j en niet op de voet van incorporering van de regeling in hun individuele arbeidsovereenkomsten, als bedoeld in HR 4 mei 1956, NJ 1956, 299. In de onderhavige zaak laten de stukken van het geding, de overgelegde Personeelsgids daaronder begrepen, geen andere conclusie toe dan dat IBM niet een verbindendheid van de onderhavige regeling, onderscheidenlijk de wijziging daarvan, voor de werknemers heeft beoogd op de voet van een reglement in voormelde zin. Integendeel duidt het feit dat die regeling als onderdeel van de personeelsgids in het bezit van alle medewerkers van IBM is gesteld en door ondertekening van de aanstellingsbrief in hun individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen, op een incorporering als hiervoor bedoeld. Daarop duidt ook de omstandigheid dat IBM [blijkens een passage in het voorwoord van de personeelsgids; LH] haar werknemers bij voorbaat aan wijzigingen in de regeling heeft willen binden. Bij een reglement sluit art. 1637l een zodanige binding uit. Een incorporering in een arbeidsovereenkomst als boven bedoeld kan echter mede toekomstige wijzigingen van de geïncorporeerde regeling omvatten, zij het dat niet uitgesloten is dat een werknemer zijn gebondenheid aan een bepaalde wijziging zal kunnen betwisten op de grond, kort gezegd, dat die gebondenheid in de gegeven omstandigheden in strijd komt met redelijkheid en billijkheid. Art. 27 WOR brengt niet mee dat voor een besluit tot wijziging van een regeling als hier bedoeld instemming van de ondernemingsraad vereist is. De ondernemingsraad kan bij een zodanige wijziging slechts in zoverre een rol spelen dat hij

32 HR 7 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB9981, NJ 1989/335, m.nt. P.A. Stein (IBM Nederland/COR IBM Nederland).

33 HR 4 mei 1956, ECLI:NL:HR:1956:88, NJ 1956/299.

[blijkens diezelfde passage in het voorwoord van de personeelsgids; LH] te dier aanzien moet worden gehoord en dat een beroep van individuele werknemers op strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard, wanneer door de ondernemingsraad tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar is gemaakt.’

Met deze overweging trok de Hoge Raad de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden voor een belangrijk deel uit de collectieve, medezeggenschapsrechtelijke sfeer en plaatste die in de sleutel van het individuele arbeidscontract. Door de personeelsgids ‘dynamisch’, ook voor toekomstige wijzigingen, in de individuele arbeidsovereenkomsten te incorporeren verzekerde de werkgever zich ervan dat hij – als ondernemer – zijn ondernemingsraad niet om instemming hoefde te vragen, zij het dat hem dat zou kunnen worden tegengeworpen als een werknemer zich erop beroept dat de wijziging strijdig is met de redelijkheid en billijkheid. De uitspraak van de Hoge Raad³⁴ bezegelde zo het lot van artikel 27 lid 1 onder a WOR en deed de personeelsgidsen en -handboeken een hoge vlucht nemen. Aan de mogelijkheid die de werknemer werd gelaten om zich op grond van de redelijkheid en billijkheid tegen een wijziging te verzetten, werd nog geen verdere invulling gegeven.

De wetgever heeft het zich geen twee keer laten zeggen (of eigenlijk wél: in 1988 en 1992). Bij een volgende wijziging van de WOR, waarbij onder meer de figuur van de ondernemingsovereenkomst (zie art. 32 lid 2 WOR) werd geïntroduceerd, is de in onbruik geraakte regeling van het arbeidsreglement in artikel 1637j-1637m (oud) BW geschrapt en kreeg het eenzijdige-wijzigingsbeding zijn eigen wettelijke regeling. Daarbij was een van de ‘hoofdpunten’, zo meldde de memorie van toelichting,³⁵ ‘het terugdringen van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door werkgevers’. Het nieuwe artikel 7:613 BW luidde:

‘De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.’

De wetgever beoogde hiermee een evenwicht te vinden tussen ‘ordering’ enerzijds (de behoefte van het bedrijfsleven aan collectieve regeling van arbeidsvoorwaarden) en ‘bescherming’ (van de werknemer tegen voor hem nadelige eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden) anderzijds. De regeling van het eenzijdige-wijzigingsbeding werd gezien als een manier om in ondernemingen

34 De Hoge Raad bevestigde de benadering van het IBM-arrest in HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo618, NJ 1992/607 (COR Stichting Ziekenhuisgroep Zeeuws-Vlaanderen/ Stichting Ziekenhuisgroep Zeeuws-Vlaanderen). Daarin overwoog de Hoge Raad – omineus – dat er ‘tal van andere, naar gelang van de omstandigheden meer voor de hand liggende mogelijkheden’ zijn dan dat de werkgever een verbindendheid voor zijn werknemers op de voet van een arbeidsreglement heeft beoogd. Incorporering werd in dat verband als eerste genoemd.

35 Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 8 (MVT).

maatwerk te leveren. Dat sloot aan bij de door de regering gesignaleerde tendens van decentralisering en flexibilisering van arbeidsvoorwaarden. De memorie van toelichting besteedde slechts enkele bladzijden aan de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. De rest ging over de wijzigingen in de WOR. Uit die memorie van toelichting:³⁶

‘Naast de arbeidsvoorwaarden die in overleg met de vakorganisaties in cao’s worden geregeld, worden in ondernemingen tal van andere arbeidsvoorwaarden vastgelegd in bedrijfsregelingen (vaak neergelegd in personeelsgidsen). Deels betreffen deze bedrijfsregelingen de invulling of aanvulling van de op de onderneming toepasselijke cao. Anderdeels worden dergelijke bedrijfsregelingen, houdende arbeidsvoorwaarden, ook vastgesteld in ondernemingen die niet onder de werkingssfeer van een cao vallen. Ten aanzien van deze laatstgenoemde bedrijfsregelingen over arbeidsvoorwaarden, die geen cao zijn, kan worden vastgesteld dat de invloed van de werknemers – en hun vertegenwoordigers – op de totstandkoming daarvan beperkt is. (...) Voor zover ondernemingsraden bij de vaststelling of wijziging van arbeidsvoorwaardenregelingen worden betrokken heeft dit (...) in het algemeen geen formele basis maar vloeit het voort uit vrijwillig overleg, waarbij overigens zowel werknemers als werkgever belang hebben. Ook de invloed van de individuele werknemer is beperkt. Dit heeft te maken met de manier waarop werkgevers de werknemers aan dergelijke regelingen plegen te binden. In de eerste plaats maakt de arbeidsvoorwaardenregeling op basis van de individuele arbeidsovereenkomst vaak deel uit van die individuele arbeidsovereenkomst (“incorporatie”). Voorts is veelal praktijk dat de werknemers ook aan wijzigingen van die bedrijfsregelingen gebonden worden. Dit gebeurt door toepassing van zogenaamde “eenzijdige wijzigingsbedingen”: bedingen op grond waarvan de werkgever de bevoegdheid heeft in de toekomst de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, dus zonder dat hij daarvoor de toestemming van de werknemer behoeft. (...) Het gevolg is dat thans in de praktijk sprake is van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door werkgevers, dat wil zeggen zonder betrokkenheid van individuele werknemer, vakorganisatie of ondernemingsraad. (...) [D]eze situatie [wordt] ongewenst geacht. Het waarborgen van passende invloed van werknemers bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau noopt thans (...) dan ook tot wetgeving.’

Het werd van belang geacht dat de werknemer bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau ‘een steviger individuele positie’ zou krijgen en dat de ondernemingsraad – binnen het kader van de cao en onverlet de voorrangpositie van de cao³⁷ – ‘[e]en meer geprononceerde rol’ zou gaan spelen.

36 Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 20 (MvT).

37 Elders in de MvT (p. 23) wordt opgemerkt dat ‘de cao – als regeling van hogere arbeidsrechtelijke orde – prevaleert boven hetgeen ondernemer en ondernemingsraad overeenkomen’. En even verderop: ‘Juist de cao heeft immers – naar heersende rechtsovertuigingen – een belangrijke, brede maatschappelijke betekenis.’ Hiermee correspondeert het verschil tussen de positie van de vakbond, waaraan het onderhandelen met werkgevers (organisaties) over primaire arbeidsvoorwaarden is toevertrouwd, en de rol van de ondernemingsraad, die geen bemoeienis heeft met (de wijziging van) arbeidsvoorwaarden die reeds inhoudelijk in een cao zijn geregeld (zie art. 27 lid 3 WOR).

Na het vervallen van het oude onderdeel a van artikel 27 lid 1 WOR zou de werkgever er, zo zegt de toelichting, ‘een evident belang’ bij hebben ‘om met de ondernemingsraad overleg te voeren en overeenstemming te bereiken’. Dat belang werd onderstreept met een voorgesteld tweede lid van het nieuwe artikel 7:613 BW:

‘De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst dan wel een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.’

Met de verwijzing naar de cao werd bedoeld op de positie van een ‘gebonden’ werkgever in de zin van artikel 9 Wet CAO. Deze werkgever werd door het rechtsvermoeden gefaciliteerd bij het toepassen van de cao op zijn werknemers die geen lid zijn van een vakbond die bij de cao partij is (de ‘niet of anders georganiseerden’ als bedoeld in art. 14 Wet CAO). Over de verwijzing naar de overeenstemming met de ondernemingsraad werd in de memorie van toelichting opgemerkt:

‘De vaststelling van wat redelijk en billijk is dient in deze situatie [bij de wijziging van arbeidsvoorwaarden die niet in een cao zijn geregeld; LHJ] anders gewogen te worden dan in de situatie dat de arbeidsvoorwaardenregeling voortvloeit uit een cao. De werknemer kan zich – anders gezegd – in het algemeen sneller onttrekken aan de toepassing van het wijzigingsbeding ingeval die toepassing ziet op overeenstemming tussen ondernemer en ondernemingsraad dan ingeval het wijzigingsbeding ertoe strekt de (ongeorganiseerde) werknemer te binden aan een cao. Immers, in het laatste geval legt de grote maatschappelijke betekenis van de cao in termen van redelijkheid en billijkheid meer gewicht in de schaal.’³⁸

Merk op dat het voorgestelde rechtsvermoeden op het gedecentraliseerde (ondernemings)niveau werd gekoppeld aan een met de ondernemingsraad bereikte overeenstemming over de wijziging, terwijl de Hoge Raad er in het IBM-arrest nog van uit lijkt te zijn gegaan dat een beroep van een werknemer op strijd met de redelijkheid en billijkheid niet licht zou kunnen worden aanvaard als de ondernemingsraad tegen de wijziging geen bezwaar heeft gemaakt. Dit kan erop wijzen dat de regering met (dit deel van) het voorgestelde wettelijke rechtsvermoeden heeft willen afwijken van de formulering van de Hoge Raad in het IBM-arrest en het oog had op de situatie dat de ondernemingsraad zich uitdrukkelijk heeft geschaard achter de mening van de ondernemer, dat zijn belang bij de voorgenomen wijziging ‘zodanig zwaarwichtig’ is. Wat hier van zij, in de voortgezette parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is dit tweede lid van artikel 7:613 BW zonder veel omhaal geschrapt. Algemeen wordt evenwel aangenomen dat, ook zonder een wettelijk rechtsvermoeden, bij de beoordeling van het belang dat de werkgever bij een wijziging heeft een rol speelt of – en ik zou menen: ook hoe – met de ondernemingsraad overeenstemming over de wijziging van de arbeidsvoorwaarden is bereikt. Dat wordt beschouwd als een ‘waarborg voor evenwichtige en op de onderneming toegespitste arbeidsvoorwaarden’ en die waarborg

³⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 24 (MvT).

krijgt inhoud doordat aan ‘de countervailing power’ aan werknemerszijde vorm wordt gegeven.³⁹

1.8 Van der Lely/Taxi Hofman en ‘de zwaarte van de toets’

Artikel 7:613 BW trad in werking op 4 maart 1998. Nog geen drie maanden later diende zich al de volgende stap in de ontwikkeling van eenzijdige wijziging aan, toen de Hoge Raad op 26 juni 1998 arrest wees in de zaak *Van der Lely/Taxi Hofman*.⁴⁰ Het ging daarin niet om een wijziging van een collectieve regeling, zoals eerder in de IBM-zaak, maar om een functiewijziging van een individuele werknemer van een taxibedrijf.⁴¹ Deze werknemer was aanvankelijk in dienst als chauffeur/centralist, maar was op zijn verzoek – om gezondheidsredenen – als administratief medewerker/centralist (respectievelijk 19 uur en 6 uur per week) gaan werken. Dat ging goed totdat zijn gezondheidstoestand opnieuw verslechterde. Toen hij weer helemaal de oude was, stelde zijn werkgever zich op het standpunt dat hij niet in de administratie kon terugkeren – de dochter van werkgever had dat werk intussen overgenomen – en bood hem aan om naast het werk als centralist (voor 6 uur per week) weer 19 uur per week op de taxi te gaan rijden. Met die functiewijziging was geen verandering van de beloning gemoeid. Van der Lely weigerde weer als taxichauffeur aan de slag te gaan (en hervatte ook niet als centralist), waarop Taxi Hofman de loonbetaling stopte. In het geding over de aanspraak van de werknemer op loon overwoog de Hoge Raad:

‘Uit de art. 7A:1638z en 7A:1639d (oud) BW, inmiddels samengebracht in art. 7:611 BW, blijkt dat de werkgever en de werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zulks wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen. De hier bedoelde verplichting staat ook niet op gespannen voet met het dwingendrechtelijke stelsel van ontslagbescherming en is evenmin in strijd met de bescherming van de (arbeidsongeschikte) werknemer zoals die in wet en rechtspraak gestalte heeft gekregen. Zij betekent niet meer dan dat, behalve de werkgever, ook de werknemer zich in zijn contractuele verhouding tot de wederpartij redelijk behoort op te stellen.’

In deze overweging van de Hoge Raad valt al direct op dat uitdrukkelijk niet wordt onderscheiden naar de vraag in wiens risicosfeer de ‘gewijzigde omstandigheden op het werk’ vallen die voor de werkgever aanleiding waren tot de verlangde

39 Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 23 en 24 (MvT).

40 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, NJ 1998/767; JAR 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

41 Later, in zijn NJ-noot onder het hierna te bespreken *Stoof/Mammoet*-arrest, heeft G.J.J. Heerma van Voss gesuggereerd dat de Hoge Raad de inwerkingtreding van art. 7:613 BW is ontgaan: ‘Dat laatste artikel was in hetzelfde jaar ingevoerd en niets wijst erop dat de Hoge Raad dit had opgemerkt.’

functiewijziging, alsook dat nogal eenzijdige nadruk wordt gelegd op de vraag wat de werkgever van een goed werknemer aan aanpassingsbereidheid mag verwachten. Wat het eerste betreft: staat dit niet op gespannen voet met de arbeidsrechtelijke risicoverdeling van artikel 7:628 BW, waarin aan werkgever en werknemer – waar het gaat om het recht op loon in geval van een verhindering tot werken (anders dan door ziekte) – wél afgescheiden risicosferen zijn toebedeeld? Zondag heeft zich in zijn dissertatie in 2001⁴² die vraag gesteld en betoogd dat – voor zover het de beloning betreft – artikel 7:628 BW moet worden toegepast in de situatie dat – bij gebrek aan werk – niet kan worden gewerkt, en dat eenzijdige wijziging ziet op situaties waarin wél kan worden gewerkt. Maar klopt dat wel? De situatie dat werkgevers voor hun werknemers geen werk meer hadden, deed zich medio maart 2020 opeens voor, toen de overheid, ter voorkoming van de verspreiding van het coronavirus dat wereldwijd was uitgebroken, bij wijze van ‘intelligente lockdown’ de sluiting van onder meer horecagelegenheden gelastte en evenementen verbood. Al snel werd inderdaad van werkgeverszijde bepleit⁴³ dat artikel 7:628 BW in de gegeven omstandigheden meebrengt dat aan de werknemers, voor wie op slag geen werk meer was, geen loon verschuldigd is. Mijs inziens biedt artikel 7:628 BW hiervoor geen grondslag. Met de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) op 1 januari 2020 is de langverwachte, in verband met de Wet werk en zekerheid (Wwz) al aangekondigde, wijziging van dat artikel doorgevoerd en is artikel 7:627 BW (‘geen arbeid, geen loon’) komen te vervallen. Het eerste lid van artikel 7:628 BW luidt nu:

‘De werkgever is verplicht het naar tijdruimte vastgestelde 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.’

Dat de lockdown zou moeten worden aangemerkt als een omstandigheid die voor rekening van de werknemer komt, zal wel niemand willen volhouden. Ook miskennen de pleitbezorgers van bedoelde toepassing van artikel 7:628 BW in tijden van corona dat de rechtspraak van de Hoge Raad weinig tot geen ruimte laat om rekening te houden met de onderliggende oorzaak van de werkverhinderings. De Hoge Raad heeft in het *Van der Gulik/Visser*-arrest⁴⁴ overwogen dat een schorsing

42 W.A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over de plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 306 e.v. Zie ook W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak*, ArA 2006, afl. 3, p. 22.

43 Mogelijk mede geïnspireerd door het artikel van Harriët Schelhaas en Jan Spanjaard, *Contract en coronacrisis*, NJB 2020, afl. 14, p. 956 e.v., waarin het ‘contractenrechtelijk sanctiearsenaal’ is geschetst dat partijen op grond van Boek 6 BW in tijden van corona bij de uitvoering van commerciële contracten ten dienste staat.

44 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057, NJ 2007/332, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Van der Gulik/Visser*). Toen luidde het eerste lid van art. 7:628 BW nog: ‘De werknemer behoudt het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.’ Uit *Van der Gulik/Visser* volgt dat het bij toepassing van art. 7:628 BW gaat om de oorzaak van het niet werken (de schorsing of op-non-actiefstelling door werkgever) en níét om de onderliggende reden voor de schorsing of op-non-actiefstelling (het mogelijk verwijtbare gedrag van werknemer).

of op-non-actiefstelling een oorzaak is die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Ook als er gegronde redenen zijn om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen, kan de werkgever zich niet eenzijdig onttrekken aan de verplichting tot loonbetaling, aldus de Hoge Raad. Ook de schorsing of op-non-actiefstelling van een werknemer die het aan zichzelf heeft te wijten dat hij niet tot het werk wordt toegelaten, valt dus binnen de risicosfeer van de werkgever. Daarmee is de risicosfeer van de werkgever beduidend omvangrijker dan die van de werknemer. Van ‘hemi’-sferen is dus bepaald geen sprake. Artikel 7:628 BW biedt evenmin gelegenheid voor het ‘maatwerk’ waar de aanpak van de economische gevolgen van de coronapandemie om vraagt. Ik wijs op het arrest van de Hoge Raad inzake *Wielemaker/De Schelde*,⁴⁵ waarin is overwogen dat de werknemer (het ging in die zaak om een werkwillige bij een staking) recht op loon behoudt indien de bedongen arbeid niet kan worden verricht door een omstandigheid die in de verhouding tussen partijen ‘meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider’. Dit impliceert een scherpe ‘of-ofbenadering’ (de vraag is immers: in wiens sfeer ligt de verhindering het meest?), die voor een onderlinge verdeling van de gevolgen van de verhindering in de vorm van een (tijdelijke) neerwaartse bijstelling van arbeidsvoorwaarden, zoals een kleiner of groter loonoffer, geen ruimte laat.⁴⁶ Toepassing van de artikelen 7:611 en 7:613 BW biedt die ruimte mogelijkwel wél. En daarbij past dat de vraag in wiens risicosfeer de veranderde omstandigheden op het werk liggen een belangrijk gezichtspunt bij de belangenafweging in verandergeschillen behoort te zijn.

Terug naar 1998. Waar de Hoge Raad in *Van der Lely/Taxi Hofman* sterk de nadruk legde op de eisen van het goed werknemerschap, kan – in elk geval in retrospectief – worden gezegd dat destijds bij de beoordeling van de van de werknemer te vergen medewerking wel erg ‘achteraan’ is begonnen. Later zal blijken dat het zaak is de beoordeling meer ‘naar voren’ op te schuiven, waardoor zowel de ontwikkeling van de arbeidsverhouding in de tijd als het ruimtelijke geheel van de onderneming en haar omgeving in de beschouwing kan worden betrokken. De beperkte focus van de Hoge Raad in 1998 kan wellicht worden verklaard uit de bijzonderheid van de voorliggende casus en past ook wel bij de wijdverbreide opinie dat een eenzijdige functiewijziging bij veranderde omstandigheden niet snel als onredelijk kan worden bestempeld, maar voert niettemin ver af van het algemene uitgangspunt dat voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst de instemming van de werknemer vereist is en van het ervaringsgegeven dat de functie, als een belangrijk ingrediënt van het element ‘arbeid’ in de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW en – daarmee – onmiskenbaar als primaire arbeidsvoorwaarde, niet zelden (ook bij gelijkblijvende beloning) voor de werknemer een essentiële, of zelfs existentiële, arbeidsvoorwaarde is. Ik heb me afgevraagd of dit misschien vooral bij ‘hogere’ functies een rol speelt en zich in ‘lagere’ echelons niet licht voordoet, maar dat lijkt niet zonder meer het geval. Het zal werknemers soms mogelijk inderdaad weinig uitmaken welke werkzaamheden ze in

45 HR 7 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB9771, NJ 1977/55, m.nt. G.J. Scholten (*Wielemaker/De Schelde*).

46 Anders: J.M. van Slooten in zijn JAR-noot onder Rb. Oost-Brabant (vzr. zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838, JAR 2020/156.

het productieproces precies verrichten, maar de meeste zullen zich wel degelijk sterk identificeren met de specifieke taak die ze in de onderneming vervullen en daaraan als mens waardigheid ontlenuen. Wat dichter bij huis kan, omgekeerd, worden gewezen op de organisatie van de rechtspraak, waarin van rechters in het kader van het roulatiebeleid veel flexibiliteit wordt gevraagd, zodat zij gedurende hun loopbaan veelvuldig van sector en rechtsgebied wisselen, terwijl aan juristen die in ondersteunende functies in de rechtspraak werkzaam zijn veel meer continuïteit in hun inhoudelijke ontwikkeling wordt gegund, waardoor zij zich langere tijd aan het rechtsgebied van hun voorkeur kunnen wijden en zich daarin kunnen specialiseren.

In de tien jaar die op *Van der Lely/Taxi Hofman* zijn gevolgd, hebben schrijvers zich diepgaand beziggehouden met de vraag naar de reikwijdte van het arrest, naar de verhouding tussen (de toepassing en werkingssfeer van) artikel 7:611 en 7:613 BW, en naar de relatie met het instrumentarium dat het algemene verbintenisrecht biedt op het terrein van wijziging of aanvulling van hetgeen contractueel is overeengekomen, te weten: artikel 6:248 BW, dat in het eerste lid de aanvullende werking en in het tweede lid de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid geeft, en artikel 6:258 BW, dat de mogelijkheid van wijziging of ontbinding bij onvoorzienne, door partijen niet in hun onderlinge afspraken verdisconteerde, omstandigheden regelt. Het arbeidsrechtelijke en civielrechtelijke arsenaal bij wijziging van arbeidsvoorwaarden is wel een 'kluwen' genoemd, die zich bijna niet liet ontwarren.⁴⁷ Bij hun exercities gingen schrijvers meestal uit van de vooronderstelling dat de verschillende artikelen, die om de voorrang strijden als het erom gaat arbeidsvoorwaarden aan te passen aan gewijzigde omstandigheden, zowel een afgescheiden werkingssfeer als een oplopende zwaarte van de aan te leggen toets hebben.

Laat ik met het eerste beginnen. Bij hun pogingen om de werkingssfeer van het genoemde viertal wetsbepalingen die bij beslechting van verandergeschillen in aanmerking komen af te palen, hebben schrijvers diverse onderscheidingen gesuggereerd, zoals die tussen collectieve en individuele gevallen, primaire en secundaire (of tertiaire) arbeidsvoorwaarden en tussen essentiële en niet-essentiële arbeidsvoorwaarden. Bij nadere beschouwing blijkt het bij het onderscheid naar het type arbeidsvoorwaarde eerder te gaan om een 'meer/minder'-onderscheid dan dat een strikte grens ('of/of') tussen het ene en het andere type zou kunnen worden getrokken. Wat het onderscheid tussen essentiële en niet-essentiële arbeidsvoorwaarden betreft verwijs ik naar wat hierboven over

47 R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, *Arbeid Integraal*, april 2004, p. 31 e.v.; R.M. Beltzer, Wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward, *TAP* 2008, afl. 1, p. 5 e.v. en de reacties daarop in *TAP* 2009, afl. 4, p. 142 e.v.; J.J.M. de Laat, Het eenzijdige wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst: de kluwen verder afgewikkeld, *ArbeidsRecht* 2011/38. Zie ook W.A. Zondag, Wijziging van arbeidsvoorwaarden, *Sociaal Recht* 2000, afl. 2, p. 46 e.v., die behalve art. 7:611, 7:613 en 6:248 BW, ook art. 7:628 en 6:258 BW in zijn beschouwing betreft. Verder noem ik: J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), 1999; Zondag 2006, p. 4 e.v.; W.L. Roozendaal & A.T.J.M. Jacobs, De spanning van de contractsband in de arbeidsovereenkomst, *SMA* 2007, p. 423 e.v.; De Laat 2008; J.M. van Slooten, 2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht, *ArA* 2008, afl. 3, p. 53 e.v.

functie en functiewijziging is opgemerkt. Het tegenover elkaar stellen van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden heeft weliswaar zijn nut als het er – vanuit het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, dus institutioneel, gedacht – om gaat te bepalen wie aan werknemerszijde bij het overleg moet worden betrokken (kort gezegd: de vakbond bij primaire en de ondernemingsraad bij secundaire arbeidsvoorwaarden), maar als het aankomt op de beoordeling van een wijziging van arbeidsvoorwaarden kan onder omstandigheden een klein loonoffer ('primaire') voor de betrokken werknemers een geringere impact blijken te hebben dan een substantiële ingreep in een provisie-, bonus- of pensioenregeling ('secundaire'). Telkens zal daarom in de concrete situatie onderzoek moeten worden gedaan naar de mate van ingrijpendheid van de gevolgen van de litigieuze wijziging, dit in relatie tot het belang van de onderneming als geheel. Men hoede zich in verband met ons onderwerp voor al te dichotomisch voorgestelde onderscheidingen, die zich meestal gemakkelijk loszingen van de werkelijkheid.⁴⁸ Ook het onderscheid tussen individuele en collectieve gevallen helpt ons niet veel verder. Anders dan wel is betoogd, kan een werkgever in abstracto niet geacht worden een groter belang te hebben bij (wijziging van) een collectieve regeling dan bij een wijziging van de arbeidsovereenkomst met een enkele werknemer, en geldt evenmin dat een werknemer zich bij een wijziging die ook zijn collega's raakt eerder moet neerleggen dan wanneer het om een wijziging van alleen zijn eigen arbeidsovereenkomst gaat. De tekst van artikel 7:613 BW beperkt de werkingssfeer ervan niet tot collectieve gevallen. Weliswaar volgt uit de wetsgeschiedenis dat deze bepaling was ingebed in een wetswijziging van medezeggenschapsrechtelijke – en daarmee collectieve – signatuur, maar er zijn geen goede redenen om de norm niet ook toe te passen als het niet gaat om de wijziging van een collectieve regeling, doch om de wijziging van de arbeidsovereenkomst van (een) enkele individuele werknemer(s). Wil artikel 7:613 BW (in zijn huidige vorm⁴⁹) kunnen worden toegepast, dan moet er uiteraard tussen werkgever en werknemer wel een eenzijdige-wijzigingsbeding zijn overeengekomen, maar zo'n beding ziet (tenzij uit de formulering ervan in de arbeidsovereenkomst anders zou blijken) zowel op een individuele als op een collectieve wijziging. Op zijn beurt hoeft artikel 7:611 BW niet te worden gereserveerd voor individuele gevallen en leent het zich ook voor de beslechting van verandergeschillen met een collectieve origine.⁵⁰ Waar gestreden wordt over wijziging van arbeidsvoorwaarden met een collectieve

48 Dit zien we ook elders in het arbeidsrecht. Zie bijvoorbeeld het door het Hof van Justitie EU, in het kader van zijn 'overgang van onderneming'-jurisprudentie bij de beoordeling van de vraag naar behoud van identiteit van de economische eenheid, geïntroduceerde onderscheid tussen kapitaal- en arbeidsintensieve sectoren. En vergelijk het Finse bussen-arrest (HvJ EU 25 januari 2001, ECLI:EU:C:2001:59, JAR 2001/68, m.nt. R.M. Beltzer) met het Duitse bussen-arrest (HvJ EU 27 februari 2020, ECLI:EU:C:2020:121, JAR 2020/90, m.nt. H.L. Doorn en J.P.H. Zwemmer). Dan blijkt dat door deze onderscheiding heen moet worden gekeken naar (de context van) de concrete overgang en de specifieke omstandigheden van het geval.

49 Hierna zet ik (bij de bespreking van het arrest *Monsieurs c.s./Wegener*) uiteen waarom we de 'contractuele' constructie, waarvoor de wetgever met art. 7:613 BW heeft gekozen, wel kunnen missen en dat beter voor een meer 'institutionele' of 'sferische' vormgeving van eenzijdige wijziging kan worden gekozen, maar voorlopig hebben we het te doen met de bestaande wettelijk regeling van het eenzijdige-wijzigingsbeding.

50 Anders: N. Zekić, Reorganiseren binnen de arbeidsovereenkomst: het goed werknemerschap als grond voor wijziging, in: *Het reorganiserend vermogen van het arbeidsrecht in beweging*, 2017, p. 11 e.v.

oorsprong, zoals een cao-bepaling of een met de ondernemingsraad afgestemde regeling die de werkgever wil doen doorwerken in de arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers, maar hij zich niet schriftelijk de bevoegdheid heeft voorbehouden om arbeidsvoorwaarden te wijzigen (en er dus geen sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding in de zin van art. 7:613 BW), kan prima de toets van het goed werkgever- en werknemerschap van artikel 7:611 BW worden aangelegd en behoeft niet te worden teruggevallen op de artikelen 248 en 258 van Boek 6 BW. Toepassing van artikel 7:611 BW zal – anders dan wel is aangenomen – niet tot gevolg hebben dat een wijziging dan sneller de toets der kritiek doorstaat. Als de omstandigheden van het geval daartoe reden geven, zal dat zeker niet het geval zijn. Daarbij is het echter wel zaak om de kracht van het goed werkgever- en werknemerschap niet op voorhand te onderschatten.

In hun zoektocht naar de juiste toetsingsmaatstaf bij wijziging van arbeidsvoorwaarden zijn schrijvers er veelal van uitgegaan dat bij de verschillende in aanmerking komende artikelen sprake is van een oplopende zwaarte van de toets die bij de beoordeling moet worden aangelegd. Daarbij werd de toets van artikel 7:611 BW afgemeten aan (en verondersteld samen te vallen met) de formulering van de Hoge Raad in het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest (inhoudende dat de werknemer ‘op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd’) en voorgesteld als een lichtere toets dan die van artikel 7:613 BW, omdat de werkgever in het kader van artikel 7:611 BW kon volstaan met het doen van een ‘redelijk voorstel’, terwijl de toets van artikel 7:613 BW aan werkgeverszijde een zodanig ‘zwaarwichtig belang’ vereist dat het belang van de werknemer daartegenover naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Artikel 6:248 lid 2 en 6:258 BW zouden tot (nog) meer terughoudendheid nopen: bij de eerste moet immers de ‘onaanvaardbaarheidstoets’ worden aangelegd en bij de tweede zou het gaan om ‘de buitengrens’ van artikel 6:248 BW.⁵¹ Deze visie op de relatieve zwaarte van de in aanmerking

51 De Laat 2008, p. 113: ‘De norm die (...) bij de eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde wordt aangelegd, te weten de zwaarwichtige reden, dient verzwamd te worden, wanneer de werkgever geen eenzijdige-wijzigingsbeding met de werknemer is overeengekomen. Niet de norm van goed-werknemerschap, maar een teruggrijpen op de oeroude norm dat een overeenkomst niet gewijzigd kan worden zonder instemming van werknemer, is dan aan de orde, uiteraard met de correctie van de corrigerende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, met haar zware toets van onaanvaardbaarheid. De zwaarte van deze toets houdt in dat de werkgever er niet mee zal kunnen volstaan aan te voeren dat een CAO gewijzigd is of dat met de OR een afspraak is gemaakt. Alleen met bijkomende redenen zal de onaanvaardbaarheid van de voortzetting van de oude regeling kunnen worden aangetoond.’ In deze ‘zwaar/lichter’-terminologie gaat het erom hoe hoog de lat voor de werkgever ligt. De ‘tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel’ van art. 6:248 lid 2 BW is dus de arbeidsvoorwaarde waarvan de werkgever wijziging verlangt, *nét* het beding dat hem de bevoegdheid geeft die arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Het is niet het beroep op het eenzijdige-wijzigingsbeding dat onaanvaardbaar moet zijn; de vraag is of het onaanvaardbaar is dat de werknemer zijn werkgever aan de ongewijzigde arbeidsvoorwaarde houdt. Anders: L.G. Verburg, Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de ‘613’-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid, *ArA* (11) 2012, afl. 1, p. 32.

komende toetsingscriteria leidde tot de gevolgtrekking dat het logischerwijs niet zo kon zijn dat een werkgever, die zich met een eenzijdige-wijzigingsbeding van de bevoegdheid om arbeidsvoorwaarden te wijzigen heeft verzekerd, bij een eenzijdige wijziging aan een strengere toets zou moeten voldoen dan een werkgever die dat niet heeft gedaan. Beltzer⁵² omschreef het aldus:

‘Waarom zou een werkgever er nog voor kiezen een schriftelijk wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen, indien dit meebrengt dat hij zich daar slechts op kan beroepen indien hij een zwaarwegend belang heeft (en dan nog zal hij moeten stellen dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken), terwijl bij het ontbreken van een dergelijk beding van hem slechts wordt vereist dat hij een redelijk voorstel doet?’

Achteraf, en jaren later, is het natuurlijk gemakkelijker praten, maar naar mijn overtuiging is de span- en trekkracht van het goed werkgever- en werknemerschap van artikel 7:611 BW destijds onderschat. Daarbij lijkt het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest verwarring te hebben gezaaid, niet alleen doordat de Hoge Raad zijn beoordeling van de eenzijdige wijziging als het ware ‘achteraan’ (namelijk bij de vraag of aanvaarding van het wijzigingsvoorstel van de werkgever redelijkerwijs van de werknemer kan worden gevergd) – bij het goed werknemerschap – heeft aangevat, waardoor de vraag wat onder een ‘redelijk voorstel’ moet worden verstaan onderbelicht bleef (en daarmee de keerzijde, die van het goed werkgeverschap, uit beeld verdween), maar vooral doordat uit het arrest licht kon worden (en is) afgeleid dat de Hoge Raad daarin de norm van het goed werkgever- en werknemerschap in veranderingeschillen zijn dwingende, als enig mogelijke, vorm heeft gegeven. Hierdoor is in de loop der tijd, ondanks de (impliciete) waarschuwing van Guus Heerma van Voss,⁵³ onvoldoende rekenschap gegeven van de invloed die de concrete constellatie van de individuele casus die aan de Hoge Raad was voorgelegd op die vorm had. Het was Verburg⁵⁴ die er, naar aanleiding van het (hierna te bespreken) arrest in de zaak *Monsieurs c.s./Wegener*,⁵⁵ mijns inziens terecht, op heeft gewezen dat het goed werkgever- en werknemerschap een algemene norm is waarvan de werking niet is uitgeput met de wijze waarop de Hoge Raad daaraan in het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman* invulling heeft gegeven. Verburg schrijft:

52 Beltzer 2004, p. 32.

53 Heerma van Voss 1999, p. 129: ‘De uitspraak had betrekking op een gehandicapte werknemer die eerst ander, passend werk had mogen verrichten, maar weigerde om zijn oude werk weer op te vatten, hoewel hij daartoe in staat werd geacht. Onder die omstandigheden wilde de Hoge Raad mijns inziens duidelijk maken dat ook een gehandicapte werknemer zich redelijk moet opstellen. Ondanks de algemene formulering van de geciteerde overweging kan hieruit niet worden afgeleid dat het contractueel overeengekomene geen rol meer speelt bij het toewijzen van taken door de werkgever. Dit element speelt uiteraard een grote rol bij de vraag welke voorstellen van de werkgever als “redelijk” zullen worden beschouwd.’ In dit laatste klinkt overigens voor mijn gevoel nog een te grote gehechtheid aan de inhoud van het contract door. Dat lijkt niet langer houdbaar, indien aan temporele en ruimtelijke aspecten van de arbeidsverhouding het gewicht wordt gegeven dat zij – zoals ik hier verdedig – verdienen.

54 Verburg 2012, p. 33-34.

55 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, JAR 2011/108 (*Monsieurs c.s./Wegener*).

‘Het leerstuk [van *Van der Lely/Taxi Hofman* en het latere *Stoof/Mammoet*-arrest; LH] is een tak van de “611”-boom. Een werkgever dient zich welbeschouwd altijd te gedragen als goed werkgever, in individuele en in collectieve situaties, in het geval dat er sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding en in het geval dat zo’n beding ontbreekt. Hetzelfde geldt van de zijde van de werknemer: hij dient zich steeds als goed werknemer te gedragen. Het leerstuk van *Stoof/Mammoet* [maar datzelfde geldt voor *Van der Lely/Taxi Hofman*; LH] geeft invulling aan het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap voor een bepaalde situatie en valt allerminst samen met het bereik van de achterliggende notie dat werkgever en werknemer zich redelijk moeten opstellen.’

In lijn met die constatering meen ik dat de norm van artikel 7:611 BW onderdak biedt aan een, naargelang de omstandigheden van het concrete geval eisen, meer of juist minder terughoudende toetsing in verandergeschillen. Daarmee werpt de ‘611-boom’ een brede schaduw. De range van de maatstaf loopt uiteen van de ‘redelijkheidstoets’, zoals die in *Van der Lely/Taxi Hofman* (of later, en ‘breder’, in het arrest *Stoof/Mammoet*) is geformuleerd, tot en met de ‘onaanvaardbaarheids-toets’, zoals die ook in artikel 6:248 lid 2 BW uitdrukking heeft gevonden. Dat de toets van artikel 7:611 BW onder omstandigheden net zo streng kan zijn als die van artikel 6:248 lid 2 BW is af te leiden uit de uitspraak van de Hoge Raad in het *Parallel Entry*-arrest,⁵⁶ waarin artikel 7:611 BW is gekenschetst als de bepaling waarin ‘de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden’. Omdat hierbij niet wordt gedifferentieerd naar het eerste en het tweede lid van de artikelen 6:2 en 6:248 BW mag ervan worden uitgegaan dat de eisen van goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW zowel de aanvullende als de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid weerspiegelen.⁵⁷ Van de andere kant bezien: de ‘zodanige zwaarwichtigheid’-toets van artikel 7:613 BW zal – enerzijds – bij een wijziging van arbeidsvoorwaarden met een betrekkelijk geringe impact geen al te

56 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, JAR 2004/68; NJ 2008/536, m.nt. E. Verhulp (*Parallel Entry/KLM*). In deze zaak ging het om de vraag of de piloten van KLM Cityhopper (de ‘KLC-vliegers’) recht hadden op dezelfde arbeidsvoorwaarden wat betreft salaris en senioriteit als KLM-vliegers.

57 Dat volgt ook uit de rest van r.o. 3.3 van het *Parallel Entry*-arrest: ‘Bij de vaststelling van wat de eisen van een goed werkgeverschap voor een geval als het onderhavige inhouden, moet (...) het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat, “in aanmerking worden genomen”.’ Dit beginsel is, hoewel van ‘zwaar gewicht’, ‘niet doorslaggevend’, maar moet naast andere omstandigheden van het geval worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Hieruit volgt, aldus de Hoge Raad, ‘dat bij de beoordeling van de vraag of een overeengekomen ongelijkheid in beloning op grond van dit beginsel als ongeoorloofd moet worden beschouwd en derhalve ongedaan gemaakt moet worden, een terughoudende toetsing op haar plaats is, aangezien het hier gaat om een toetsing van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW en dat derhalve deze vraag slechts bevestigend kan worden beantwoord indien de ongelijkheid in beloning naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hetzelfde geldt eens te meer indien de ongelijke beloning voortvloeit uit een collectieve arbeidsovereenkomst, omdat dan tevens het uit verscheidene verdragsbepalingen voortvloeiende zwaarwegende beginsel van de vrijheid van onderhandelen over arbeidsvoorwaarden in het geding is’ (cursivering LH).

hoge drempel blijken op te werpen, maar hoeft – anderzijds – in geval van een voor de werknemers ingrijpende wijziging van arbeidsvoorwaarden in strengheid niet onder te doen voor de ‘onaanvaardbaarheidstoets’ van artikel 6:248 lid 2 BW. De lat ligt dan voor de werkgever dus (zeer) hoog. Daaraan staat de tekst van artikel 7:613 BW geenszins in de weg.

Consequentie van de hier geschetste benadering is dat we, als het om eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden gaat, heel wel toekunnen met het arbeidsrechtelijke instrumentarium van afdeling 1 van titel 10 van Boek 7 BW en dat in arbeidsrechtelijke veranderingeschillen aan het Boek 6-arsenaal daarnaast geen zelfstandige gevechtskracht behoeft te worden ontleend. Voor artikel 6:258 BW is mijns inziens bij de beslechting van veranderingedingen in het arbeidsrecht geen rol weggelegd, omdat voor toepassing van de ‘imprévision’-regeling geen plaats is als in de contractuele verhouding al is voorzien in een wijzigingsbevoegdheid (voor de arbeidsovereenkomst: in art. 7:613 en 7:611 BW) en in ontbindingsmogelijkheden (het ontslagrecht), maar ook omdat de gedachte achter artikel 6:258 BW is dat bij een wijziging van de overeenkomst zo veel mogelijk moet worden aangesloten bij de risicoverdeling zoals die gold voordat de onvoorziene omstandigheden zich aandienen (voor het arbeidsrecht: art. 7:628 BW).⁵⁸ Voor artikel 6:248 BW ligt de kwestie wat anders. Dat het tweede lid van dit artikel⁵⁹ in veranderingeschillen is geïntroduceerd, is op zichzelf opmerkelijk, nu het daarin niet gaat om een wijziging, maar om het buiten toepassing laten van een tussen partijen geldende regel. Het verschil tussen beide is dat bij een wijziging de oude regel(ing) wordt aangepast of geëcarteerd, terwijl bij een buiten toepassing laten de regel als zodanig blijft bestaan. Artikel 6:248 lid 2 BW kan – ook voor het arbeidsrecht – zijn restfunctie behouden waar het gaat om het in uitzonderlijke situaties buiten toepassing laten van een regel, onder ongewijzigde instandhouding van die regel als zodanig. We zijn hiermee buiten ons onderwerp (van wijziging van arbeidsvoorwaarden) beland, maar voor de consistentie van het systeem moeten we dit hier toch overdenken. Blijven we immers niet zitten met een anomalie, in die zin dat voor een wijziging van een regel – als ingrijpender maatregel tot vervanging van de oude regel *an sich* door een nieuwe – naargelang de omstandigheden (binnen de hierboven bedoelde range van de maatstaf van art. 7:611 en 7:613 BW) soms met een lichtere toets kan worden volstaan dan wanneer het gaat om een buiten toepassing laten van de regel, hetgeen op het eerste gezicht een minder vergaande ingreep lijkt en waarbij de lat vanwege de ‘onaanvaardbaarheidstoets’

58 Zie W.H. van Boom, Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?, NTBR 2020/11.

59 Ik ga hier niet in op de verhouding tussen het eerste en het tweede lid van art. 6:248 BW. Het lijkt mij voor het arbeidsrecht een voordeel dat dit rechtsgebied niet onnodig wordt belast met het moeizame onderscheid tussen enerzijds het geval dat de partijafpraak ‘een leemte’ vertoont (die ook kan zijn ontstaan nadat een regeling eerst in een wijzigingsgeding uit de overeenkomst is geëcarteerd) die met de redelijkheid en billijkheid wordt aangevuld, en anderzijds de situatie dat er ‘geen leemte’ in de partijafpraak wordt aangenomen en de redelijkheid en billijkheid in beperkende, derogatieve zin worden aangewend. De grens tussen beide (leemte of geen leemte?) is niet scherp en waar die wordt getrokken hangt sterk af van de manier waarop de overeenkomst van partijen wordt uitgelegd, (meer) historisch-psychologisch of (meer) normatief. Ik verwijs korthedshalve naar het (levens)werk van J.M. van Dunné.

sowieso hoog ligt? En hoe zit het dan met het adagium ‘wie het meerdere mag, mag ook het mindere’? Dit doet denken aan het debat over de verhouding tussen de wijziging van de arbeidsovereenkomst en de (partiële) beëindiging van het dienstverband, die A-G De Bock recent in haar conclusie voor HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, JAR 2020/73 (inzake Schoonmaakbedrijf Victoria) besprak. Er wordt nogal eens zonder meer van uitgegaan dat beëindiging ‘het meerdere’ en wijziging (met instandhouding van de overeenkomst) ‘het mindere’ is. Veelzeggend is dat De Bock, in het kader van haar betoog dat het gesloten stelsel van het ontslagrecht geen ruimte laat voor een partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst (waarin de Hoge Raad haar is gevolgd), het primaat legt bij de wijziging van de arbeidsovereenkomst en benadrukt dat – bij aanvaarding van de figuur van gedeeltelijke ontbinding – de bescherming die de werknemer aan het ontslagrecht ontleent, zou afkalven ten opzichte van de situatie dat wordt getoetst aan de ‘strikte voorwaarden’ waaronder de werkgever een wijziging van de arbeidsovereenkomst kan doorvoeren. ‘Dit systeem’ van artikel 7:611 en 7:613 BW wordt volgens De Bock (zie onder 4.52 van de conclusie):

‘doorkruist indien de rechter de mogelijkheid zou hebben om op grond van art. 7:671b BW de arbeidsovereenkomst ook partieel te ontbinden. Met een partiële ontbinding wijzigt de rechter in feite de arbeidsovereenkomst, op grond van regels die daarvoor niet bedoeld zijn. Die regels zien immers op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voor wijziging van de arbeidsovereenkomst is een specifiek toetsingskader ontwikkeld, waarbij de bescherming van de werknemer centraal staat.’

Dit toetsingskader wordt ‘omzeild’, indien de mogelijkheid van partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou worden erkend. Zo’n partiële ontbindingsmogelijkheid kan ook ‘afbreuk doen aan de rechtsbescherming van de werknemer’, omdat ontslaggronden worden ‘opgerekt’, aldus A-G De Bock (zie onder 4.58, 4.60 en 4.61 van de conclusie). Uit deze beschouwing trek ik, voor de kwestie die ik hierboven aansneed, de conclusie dat we ons ook op een oud adagium als ‘wie het meerdere mag, mag ook het mindere’ niet blind moeten staren. Zoals een wijziging meer werknemersbescherming kan vereisen dan een beëindiging, zo kan ook een buiten toepassing laten van een regel onder omstandigheden een verdergaande ingreep blijken dan een wijziging van de regeling als zodanig. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin een bonusregeling met terugwerkende kracht buiten toepassing wordt gelaten over verstreken jaren waarin de werknemer er nog op mocht rekenen een substantiële bonus te zullen krijgen en daarop zijn uitgavenpatroon in die jaren heeft gebaseerd. Schending van het opgewekt vertrouwen kan dan al betrekkelijk snel ‘onaanvaardbaar’ zijn. Als een werkgever zo’n regeling voor de toekomst – al dan niet tijdelijk – buiten toepassing wil laten, zal dit in beginsel moeten worden geduid als een (al dan niet tijdelijke) wijziging van de regeling als zodanig en zal de beoordeling moeten geschieden langs de lijnen van artikel 7:611 BW (als er geen eenzijdige-wijzigingsbeding is) en artikel 7:613 BW (als er wél zo’n beding is).

1.9 Intermezzo: hoe rechtsvinding werkt

Het komt bij de toepassing van artikel 7:611 en 7:613 BW aan op een afweging van de belangen van de werkgever (bij verandering van arbeidsvoorwaarden) tegen die van de werknemer (bij het voorkómen van verslechtering). Wat gebeurt er eigenlijk als een rechter, geroepen om te beslissen in een verandergeschied, die belangen tegen elkaar afweegt? In een mooi traktaat heeft C.E. Smith⁶⁰ erop gewezen dat het bij de term ‘belangenafweging’ om een metafoor gaat. Praktijkjuristen vergeten dat, met de weegschaal van Vrouwe Justitia voor ogen, licht als ze ’t hebben over het ‘gewicht’ en het ‘afwegen’ van belangen.⁶¹ Smith omschrijft helder wat er wel, en wat niet, gebeurt als van een rechter een belangenafweging wordt gevraagd:

‘Wat de rechter volgens mij niet doet is stap voor stap het gewicht bepalen van de verschillende belangen die voor de ene of de andere beslissing kunnen worden aangevoerd, om vervolgens door onderlinge vergelijking vast te stellen dat voor de ene beslissing, en dus voor het ene belang, alles bijeen genomen, iets sterkere argumenten bestaan dan voor de andere. Een dergelijke, stapsgewijze benadering zou het meest overeenkomen met de metafoor van het wegen: eerst het gewicht bepalen van de belangen aan de hand van de argumenten, vervolgens door onderlinge vergelijking bepalen wat het zwaarste is. Maar het probleem van deze benadering is hoe je het gewicht van een belang zou moeten kwantificeren. (...) Naar mijn mening gaat de rechter hier te werk volgens de vergelijkingsmethode: hij weegt niet de tegengestelde belangen af, maar hij weegt de mogelijke beslissingen af. Hij vergelijkt dus het hypothetische geval waarbij hij afwijzend op de vordering beslist met het hypothetische geval waarbij hij de vordering toewijst. Hij vraagt zich af waarom hij de beslissing bij toewijzing van de vordering billijker of rechtvaardiger vindt dan wanneer hij de vordering zou afwijzen. (...) Het gewicht van de belangen wordt dus niet vastgesteld door weging van de belangen. De bepaling van hun onderlinge gewicht vormt eigenlijk niet meer dan het sluitstuk van het afwegingsproces. (...) Geschillen waarin grondrechten, beginselen of belangen botsen worden opgelost door vergelijking van hypothetische beslissingen. Als we hier de metafoor van de weegschaal willen gebruiken, dan lijkt het juist om te stellen dat de rechter niet de belangen van beide partijen in de schalen plaatst, maar dat hij in de ene schaal het geval bij afwijzende beslissing plaatst en in de andere schaal het geval bij toewijzing en dat hij nagaat of er juridisch relevante omstandigheden zijn die zijn intuïtieve oordeel over de meest billijke beslissing rechtvaardigen. De rechter beslist, zouden we kunnen zeggen, niet door belangenafweging, maar door *gevals*-afweging.’

60 C.E. Smith, Belangenafweging door gevalsafweging, RMThemis 2006, afl. 4, p. 141 e.v.

61 Vgl. de kritiek van Friedrich Nietzsche in: Ueber Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne. Nachgelassene Schriften 1870-1873 (de Nederlandse vertaling is van Tine Ausma, Waarheid en cultuur. Een keuze uit het vroege werk van Friedrich Nietzsche, Amsterdam: Boom 2000, p. 114): ‘Wat is waarheid dus? Een mobiel leger metaforen, metonymia’s, antropomorfismen, kortom een som van menselijke relaties die op poëtische of retorische wijze zijn verheven, overgedragen en opgesierd, en die een volk na lang gebruik als vaststaand, canoniek en bindend voorkomen: waarheden zijn illusies waarvan men vergeten is dat ze illusies zijn (...).’

Deze beschrijving van hun dagelijkse werk zal (arbeids)rechters bekend voorkomen. Dat ik Smith hier aanhaal, is niet om denkluïheid te propageren. Integendeel: de intuïtie dat in een verandering de ene uitkomst beter ‘past’ dan de andere is niet het eind, maar het begin van het oordeel. Daartussen zit, als het goed is, een hermeneutisch cirkelende denkbeweging⁶² waarin de confrontatie van het intuïtieve oordeel (als ‘Vorverständnis’) met de voorliggende feiten en omstandigheden wordt volgehouden totdat een aanvaardbare beslissing is gevonden die aansluit op het specifieke geval. Gadamer⁶³ schreef (over uitleg, maar de gelijkenis met belangenafweging is groot):

‘Elke goede uitleg moet zich hoeden voor de willekeur van invallen en de beperktheid van ongemerkt ingesleten denkgewoonten en de blik “op de zaken zelf” richten. (...) Zich op die manier door de zaak zelf laten leiden, is voor de interpretereet blijkbaar geen eenmalige “moedige” beslissing, maar echt “de eerste en laatste, nooit aflatende taak”. Want het gaat erom, ondanks alles waardoor de uitlegger door eigen toedoen onderweg van de wijs kan worden gebracht, het oog gericht te houden op de zaak zelf. (...) De uitwerking van de juiste, op de zaak zelf toegesneden ontwerpen, die als ontwerpen anticipaties zijn, die nog met het oog op “de zaak zelf” gestaafd moeten worden, is de voortdurende taak van het verstaan. Er bestaat hier geen andere “objectiviteit” dan de bevestiging die een vooropgezette mening door haar uitwerking vindt. Wat typeert de willekeur van niet op de zaak toegesneden vooropgezette meningen anders dan dat ze in de uitwerking teniet worden gedaan? Het verstaan bereikt zijn eigenlijke mogelijkheid echter pas, wanneer de meningen die het vooropzet niet willekeurig zijn. Het is daarom maar goed dat de uitlegger niet direct, vertrouwend op de vooropgezette mening waarover hij beschikt, op de tekst afgaat, maar de vooropgezette meningen die in hem leven uitdrukkelijk op hun legitimiteit, en dat betekent op hun herkomst en geldigheid, toetst.’

Zeker waar het in het navolgende om gezichtspunten, aspecten en facetten gaat, zal het verschil tussen een goede en een minder goede rechterlijke uitspraak kunnen worden afgemeten aan hoe de rechter in zijn overwegingen – voor partijen kenbaar – legitimeert welke feiten of omstandigheden voor hem de uitkomst hebben bepaald.⁶⁴ Ik kom hier, aan het slot van dit hoofdstuk, op terug als het over jurisprudentiële gezichtspuntencatalogi gaat.

62 Het begrip ‘hermeneutische cirkel’ is van H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1975.

63 H.-G. Gadamer, *Waarheid en methode. Hoofdlijnen van een filosofische hermeneutiek*, Nijmegen: Vantilt 2014, p. 256.

64 Voorbeeldig gemotiveerd is Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:872, JAR 2020/140 (*Havenbedrijf Rotterdam*), waarin het ging om de vraag of een verleende toestemming tot het verrichten van nevenwerkzaamheden (als schippers op de Rotterdamse watertaxi) in ‘het eigen nautisch beheersgebied’ van het Havenbedrijf – na (zeer) lange tijd – mocht worden ingetrokken. In de motivering van het hof worden (in het kader van art. 7:613 BW) het bijzondere karakter van de onderneming (het Havenbedrijf met zijn publiekrechtelijke taak op het gebied van het scheepvaartverkeer), de maatschappij als geheel (‘de buitenwereld’ als omgeving van de onderneming) en het ‘huidige tijdsgewricht’ (met zijn verhoogde eisen wat betreft integriteit en het voorkómen van de schijn van belangenverstremgeling) inzichtelijk afgezet tegen de financiële en emotionele belangen van de werknemers (het werk bij de

1.10 Stoof/Mammoet: de verbreding van de blik

De eerste druk van dit boek lag in 2008 ter perse toen de Hoge Raad zich in het arrest *Stoof/Mammoet*⁶⁵ opnieuw boog over een eenzijdige functiewijziging. Weer een individueel geschil dus. Dit keer ging het om een werknemer die medeaandeelhouder en bestuurder van de vennootschap was geweest en zich had verbonden om na de verkoop van zijn aandelen nog tien jaar aan te blijven als ‘technisch directeur’ van Mammoet. Enkele jaren later volgde een nieuwe aandelentransactie, waardoor een derde, Van Seumeren, de volledige zeggenschap over Mammoet kreeg. Kort daarna is aan Stoof meegedeeld dat hem een andere functie, namelijk die van adviseur van directeur Van Seumeren jr., was toebedacht. Uiteindelijk weigerde Stoof, zoals hij het noemde, ‘als onderknuppel van een familielid van de nieuwe eigenaar’ te werken (net als in *Van der Lely/Taxi Hofman* leidde de functiewijziging niet tot een lagere beloning) en reageerde Mammoet met het stopzetten van de loonbetaling. Nadat Stoof door de kantonrechter, die de maatstaf van *Van der Lely/Taxi Hofman* aanlegde, in het ongelijk was gesteld, heeft het gerechtshof Amsterdam in appel, in het kader van diezelfde toets, uitvoerig stilgestaan bij (de brede context van) de ‘gewijzigde omstandigheden op het werk’, te weten de overname van de aandelen door Van Seumeren, de integratie van onderdelen van de Mammoet-organisatie in de onderneming van de nieuwe aandeelhouder en de opheffing van de vestiging waarover Stoof de leiding had. Het hof kwalificeerde de ondernemersbeslissingen, die tot de voorgestelde functiewijziging hadden geleid, als niet onredelijk en achtte het aan Stoof gedane voorstel – zowel procedureel als inhoudelijk – redelijk en aanvaardbaar. Het hof concludeerde dat Stoof op dat voorstel ten onrechte afwijzend had gereageerd. In cassatie klaagde Stoof erover dat het hof niet de ‘onaanvaardbaarheidstoets’ had aangelegd. De Hoge Raad verwierp die klacht:

‘3.3.2. Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld, omdat dit betoog niet als juist kan worden aanvaard. Er is geen grond in afwijking van de in het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998 aanvaarde, aan art. 7:611 ontleende maatstaf 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 omstandig-

watertaxi was heel lang een substantiële bron van inkomsten alsook hun lust en leven). Zo komen de sferische aspecten ‘ruimte’ en ‘tijd’ van het geschil volledig tot hun recht.

65 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204, NJ 2011/185, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

heden 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 gevegd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.

3.3.3. Bij het hanteren van de hiervoor bedoelde maatstaf is uitgangspunt dat geen sprake is van een schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Indien daarvan wel sprake is, bepaalt art. 7:613 BW dat de werkgever op dat beding slechts een beroep kan doen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet op grond van de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.14 worden aangenomen dat deze bepaling veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen.

Dergelijke gevallen verschillen van het onderhavige geval doordat de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. In een geval van gewijzigde omstandigheden op het werk wordt aan de (individuele) werknemer voldoende rechtsbescherming geboden door toepassing van de hiervoor in 3.3.2 genoemde maatstaven.'

Hoe kunnen deze overwegingen van de Hoge Raad, ook in het licht van het voorgaande, worden geduid? Ik begin met de aangehaalde tweede volzin van r.o. 3.3.2 en de eerste drie volzinnen van r.o. 3.3.3, omdat daarin de (hierboven besproken) kwesties van de zwaarte van de toets van artikel 7:611 en 7:613 BW en die van de werkingssfeer van beide artikelen aan de orde komen. Met de overweging (aan het begin van r.o. 3.3.2) dat er geen grond is om, 'in afwijking van' de in het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest aan artikel 7:611 BW ontleende maatstaf, aan te nemen dat de werknemer in reactie op een wijzigingsvoorstel alleen dan niet als goed werknemer handelt, indien zijn afwijzing van het voorstel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft de Hoge Raad nadrukkelijk de opvatting verworpen dat in verandergeschillen – als er geen

eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen – de opstelling van de werknemer langs de lat van artikel 6:248 lid 2 BW moet worden gelegd. Het is niet zo dat de werkgever een arbeidsvoorwaarde ingevolge artikel 7:611 BW alleen kan wijzigen als de afwijzing van zijn voorstel door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad heeft daarmee echter niet beslist dat er, binnen de toepassing van artikel 7:611 BW, geen plaats zou zijn om, als de omstandigheden van het geval daartoe reden geven, het voorstel van de werkgever zó streng te toetsen dat de voorgestelde wijziging de rechterlijke zegen pas kan krijgen als de afwijzing ervan door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ik leid hieruit af dat de norm van het goed werkgever- en werknemerschap inderdaad zo'n brede range heeft dat er bij de beoordeling van een wijziging van arbeidsvoorwaarden, naar de omstandigheden eisen, nu eens een (hele) zware en dan weer een lichtere toets moet worden aangelegd.⁶⁶ En dat de discussie in veranderingen zich dus niet (meer) hoeft te richten op de – abstracte – vraag naar de relatieve zwaarte van de toets van artikel 7:611 BW, vergeleken met die van artikel 7:613 BW, maar dat het debat en de beoordeling geheel kunnen worden gewijd aan de weging van de concrete omstandigheden van het geval. Ook de verdere gedachtevorming in de literatuur zal, dunkt mij, dáároveň moeten gaan.

De Hoge Raad gaat in r.o. 3.3.3 in op de vraag naar de werkingssfeer van artikel 7:611 en 7:613 BW. Moet aan deze twee wetsbepalingen een afgescheiden werkingssfeer worden toebedacht, in die zin dat de ene ziet op individuele gevallen en de andere op collectieve? Voor zijn vaststelling dat artikel 7:613 BW 'veeleer' ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden om eenzijdig arbeidsvoorwaarden te wijzigen, 'niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers', baseert de Hoge Raad zich op hetgeen A-G Keus in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest had opgediept uit de parlementaire geschiedenis van artikel 7:613 BW. Keus was voorzichtig in zijn gevolgtrekking, waar hij stelde dat aan de in de literatuur verdedigde opvatting dat artikel 7:611 en 7:613 BW hun eigen toepassingsgebied hebben, 'in zoverre geen steun in de wetsgeschiedenis [kan] worden ontzegd' dat artikel 7:613 BW blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis in het bijzonder ertoe strekt om de belangen van de werknemer – bij bescherming tegen verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden – en die van de werkgever – bij een collectieve ordening van arbeidsvoorwaarden – met elkaar te verzoenen. Ik meen dat uit die totstandkomingsgeschiedenis niet kan worden afgeleid dat artikel 7:613 BW, ten opzichte van artikel 7:611 BW, een afgescheiden toepassingsgebied in de bedoelde zin toekomt. Weliswaar had het wetsvoorstel 24615 een voornamelijk

66 A-G Timmerman lijkt dit ook te bedoelen als hij in zijn conclusie (onder 3.3) voor *Monsieurs c.s./Wegener* concludeert 'dat de maatstaf van art. 7:613 BW minder zwaar kan zijn dan die van 7:611 en 6:248 BW hoeft te zijn' (cursivering LH). Waar Timmerman, tevoren in dezelfde paragraaf, opmerkt dat 'bij de toepassing van art. 7:613 BW juist wat meer gewicht toekomt aan het gezichtspunt van de belangen van de onderneming waarvan de betrokken werknemers deel uitmaken dan bij toepassing van art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 2 BW', volg ik hem niet. Beide artikelen vergen een belangenafweging waarin aan de over en weer betrokken belangen in abstracto evenveel betekenis toekomt. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen hoe die belangenafweging in concreto uitpakt. Met de zwaarte van de norm heeft dat niet te maken.

medezeggenschapsrechtelijke – en daarmee ‘collectieve’ – teneur en kleurde die context ook de gedachtewisseling over het voorgestelde artikel 7:613 BW, maar het gaat te ver om daaruit te concluderen dat een eenzijdige-wijzigingsbeding niet mede kan zien op wijziging van de met een individuele werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarden. De tekst van artikel 7:613 BW biedt hiervoor geen steun en de belangenafweging vertoont daarvoor in collectieve en individuele gevallen ook te veel gelijkenis. Ik volg Heerma van Voss⁶⁷ waar hij meent dat de Hoge Raad met het woord ‘veeleer’ niet heeft bedoeld om een normatief oordeel over de werkingssfeer van artikel 7:613 BW te geven, maar slechts de feitelijke situatie waarin een eenzijdige-wijzigingsbeding pleegt te worden overeengekomen, heeft willen beschrijven.⁶⁸ Mijns inziens geldt iets soortgelijks, waar de Hoge Raad opmerkt dat artikel 7:613 BW ziet op de situatie dat de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden om ‘ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven’ een eenzijdige wijziging in arbeidsvoorwaarden aan te brengen. Daarmee doelt de Hoge Raad er kennelijk op dat in het stadium dat overeenstemming wordt bereikt over een eenzijdige-wijzigingsbeding – uiteraard – nog geen zicht bestaat op wat in de toekomst mogelijk aanleiding voor een wijziging zal zijn. Uit de formulering van de Hoge Raad kan niet worden afgeleid dat bij de latere beoordeling van een concreet wijzigingsvoorstel geen betekenis toekomt aan de vraag welke gewijzigde omstandigheden voor de werkgever op dat moment reden zijn om een wijziging van arbeidsvoorwaarden voor te stellen. De aanleiding voor een wijzigingsvoorstel is zowel bij de toepassing van artikel 7:611 BW als bij de toepassing van artikel 7:613 BW een belangrijk aspect. Aan die beide artikelen komt, zo kan worden geconcludeerd, slechts in zoverre een eigen toepassingsgebied toe dat artikel 7:613 BW moet worden toegepast als sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding en artikel 7:611 BW aan de orde is als niet een dergelijk beding is overeengekomen. Beide artikelen kunnen toepassing vinden, zowel op individuele wijzigingen van arbeidsvoorwaarden als op wijzigingen met een collectieve oorsprong.

Het ‘*pièce de résistance*’ van het *Stoof/Mammoet*-arrest wordt door de Hoge Raad opgediend in het tweede deel van r.o. 3.3.2. Die hoofdschotel houd ik nog even warm. Eerst bespreek ik het arrest inzake *Monsieurs c.s./Wegener* uit 2011. Dit arrest is van belang voor de kwestie van de werkingssfeer van artikel 7:613 BW, die hierboven al aan de orde kwam, maar kan ook worden gesteld in het licht van de discussie over de voor- en nadelen van de vormgeving van ons arbeidsrecht als arbeidsovereenkomstenrecht. Ik maak dus even een sprong vooruit in de tijd.

1.11 **Monsieurs c.s./Wegener: communicerende vaten**

In maart 2000 werd de dagbladengroep van VNU overgenomen door de Wegener-groep. In dat kader was met de vakbonden overeengekomen dat de winstdelingsregeling, die (buiten cao) onderdeel uitmaakte van de arbeidsovereenkomsten van de VNU-werknemers en jaarlijks recht gaf op een vaste, gegarandeerde,

67 In zijn NJ-noot onder het *Stoof/Mammoet*-arrest (NJ 2011/185).

68 Ook aan het weglaten van het woord ‘veeleer’ in het hierna te bespreken arrest inzake *Monsieurs c.s./Wegener* moet om diezelfde reden niet veel betekenis worden gehecht.

winstuitkering van 12,5% van het brutosalaris, mee over zou gaan, maar dat de regeling onderwerp van nader overleg met de COR van Wegener zou zijn als de winst van Wegener zodanig zou verslechteren dat drastische sanering onvermijdelijk is. De winst van Wegener daalde na 2000 sterk, en in 2002 en 2003 werd verlies geleden. Na instemming van de COR te hebben verkregen, nam Wegener het besluit om de winstdelingsregeling van de oud-VNU-medewerkers te wijzigen, in die zin dat de vaste uitkering van 12,5% (met terugwerkende kracht, maar dat aspect laat ik hier buiten beschouwing) werd vervangen door een basisuitkering van 8,3% ('een zogenaamde dertiende maand') en een variabele, van het bedrijfsresultaat afhankelijke uitkering tot maximaal 12,5%. De 146 oud-VNU-medewerkers stemden hiermee niet in en vorderden in rechte de veroordeling van Wegener om (over de jaren 2002, 2003 en 2004) onverkort uitvoering te geven aan de oude winstdelingsregeling. Bij de kantonrechter kregen de werknemers grotendeels gelijk, maar in hoger beroep (toen een groot deel van de werknemers zich uit de procedure had teruggetrokken) werd Wegener merendeels in het gelijk gesteld. Het gerechtshof's-Hertogenbosch toetste daarbij aan artikel 7:613 BW (ook al had Wegener zich alleen op art. 27 WOR en art. 7:611 en 6:248 BW beroepen), ervan uitgaande dat ook een wijzigingsbeding dat is opgenomen in de regeling zelf die wordt gewijzigd (in de individuele arbeidsovereenkomsten stond niet zo'n beding) als een beding in de zin van dat artikel moet worden aangemerkt. Het hof concludeerde dat Wegener bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang had dat het belang van *Monsieurs c.s.* daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moest wijken. De bijstelling van de winstregeling werd noodzakelijk geacht om 'de onderneming weer (financieel) gezond' te maken en was 'niet onredelijk of disproportioneel', zo meende het hof, omdat de aangepaste winstdelingsregeling van de oud-VNU'ers nog steeds 'riant' was, vergeleken bij die van de andere werknemers. In cassatie, ingesteld door *Monsieurs* en acht collega's, overwoog de Hoge Raad:⁶⁹

3.6.2. Het onderhavige geval wordt hierdoor gekenmerkt dat tot de krachtens de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de werkgever geldende arbeidsvoorwaarden behoren arbeidsvoorwaarden die niet zijn neergelegd in de individuele schriftelijke arbeidsovereenkomst maar in een door de werkgever ten behoeve van zijn werknemers met instemming van de centrale ondernemingsraad getroffen, schriftelijk vastgelegde collectieve regeling, welke regeling tevens een beding bevat dat de werkgever de bevoegdheid geeft om, mits met instemming van de centrale ondernemingsraad, een in die regeling voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen.

3.6.3. Een dergelijk geval ligt binnen het toepassingsgebied van art. 7:613, nu, zoals is geoordeeld in HR 11 juli 2008, LJN BD1847, NJ 2008/503, moet worden aangenomen dat art. 7:613 ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen.

69 HR 18 maart 2011, ECL:NL:HR:2011:BO9570, JAR 2011/108 (*Monsieurs c.s./Wegener*).

3.6.4. Het onderdeel stelt voor de toepasselijkheid van art. 7:613 op, en de gebondenheid van de werknemer aan, een wijzigingsbeding als het onderhavige eisen die geen steun vinden in het recht. Het beding heeft betrekking op wijziging van de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in dezelfde regeling als die waarin het beding voorkomt. Aan de eis van schriftelijkheid is dus voldaan. De tekst van art. 7:613 stelt in een dergelijk geval niet de eis dat, wil sprake zijn van een wijzigingsbeding in de zin van die bepaling of van gebondenheid van de werknemer aan een zodanig beding, dit ook nog moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst met de werknemer dan wel, bij gebreke daarvan, de uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer behoeft. Ook de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.5 genoemde, in de toelichting op het amendement waarbij de eis van schriftelijkheid van het beding in art. 7:613 is opgenomen (Kamerstukken II 1996-1997, 24 615, nr. 15) voorkomende, passage dat uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid aan het beding zelf de formele eis dient te worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen, dwingt niet tot de conclusie dat dit laatste volgens de wetgever eveneens zou moeten gelden voor een wijzigingsbeding als het onderhavige. Met de incorporatie van de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst is immers voldoende tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid waarop die passage doelt, nu over de inhoud en reikwijdte van het beding geen redelijke twijfel kan bestaan. Voorzover het onderdeel bepleit dat in een geval als het onderhavige met het oog op de bescherming van de rechten en belangen van de werknemer die door de wijziging zouden kunnen worden aangetast, extra waarborgen voor de toepassing van art. 7:613 vereist zijn, kan het niet worden gevolgd, nu die bescherming voldoende is verdisconteerd in de maatstaf die deze bepaling geeft en bovendien hierdoor wordt geboden dat ingevolge het beding wijziging van de winstdelingsregeling is onderworpen aan het instemmingsrecht van de centrale ondernemingsraad, hetgeen overigens in overeenstemming is met art. 27 lid 1, aanhef en onder a, Wet op de ondernemingsraden. Op grond van een en ander faalt het onderdeel.'

Hierboven⁷⁰ heb ik betoogd dat aan het wegvallen van het woord 'veeleer' in r.o. 3.6.3, dat bij de omschrijving van het toepassingsgebied van artikel 7:613 BW nog voorkwam in *Stoof/Mammoet*, maar in 2011 ontbreekt, geen consequenties zijn te verbinden. Er kan ook na *Monsieurs c.s./Wegener* van worden uitgegaan dat de werkingssfeer van artikel 7:613 BW niet beperkt is tot verandergeschillen met een collectieve oorsprong. Waar de Hoge Raad het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:613 BW nuanceert (eerder was wel verdedigd dat een eenzijdige-wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst zelf moest zijn opgenomen), is het voor mijn betoog vooral van belang dat aan het slot van r.o. 3.6.4 een verbinding wordt gelegd tussen het schriftelijkheidsvereiste en de bescherming die artikel 7:613 BW de werknemer tegen eenzijdige wijziging beoogt te bieden. Op p. 40 van de eerste druk van dit boek uit 2008 had ik destijds voor mezelf in de kantlijn de formule gekrabbeld: 'beding + belang = bescherming', maar die heb ik er nu, na *Monsieurs c.s./Wegener*, uit weggegomd, omdat die formule ten onrechte de indruk wekt dat 'beding' en 'belang' eenzelfde 'bescherming' bieden. Ik meen dat de

⁷⁰ Ik verwijs naar noot 68 van dit hoofdstuk en de bijbehorende hoofdtekst.

Hoge Raad in dit arrest weer wat meer afstand heeft genomen van de idee dat aan het vereiste van een (schriftelijk) contractueel beding een wezenlijke beschermingsfunctie kan worden toegedicht. En dat dit hier ook niet nodig is, omdat de werknemer tegen eenzijdige verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden vooral wordt beschermd door de inhoudelijke ‘zwaarwichtigheidsstoets’ van artikel 7:613 BW (en door de voorafgaande betrokkenheid van de ondernemingsraad in de zin van art. 27 WOR). In meer algemene zin kunnen (het formele) ‘beding’ en (het materiële) ‘belang’ hier worden gezien als communicerende vaten, waarin het niveau van de vloeistof in de vaten (de ‘bescherming’) kan variëren zonder dat de hoeveelheid vloeistof in het systeem, dus de beoogde bescherming in zijn geheel, afneemt. Ik meen dat de praktijk ermee uit de voeten zou kunnen, er zelfs uit het oogpunt van transparantie mee gediend zou zijn, indien de bescherming van artikel 7:613 BW niet langer zou worden opgehangen aan de ‘contractueel beding’-constructie, waarvoor de wetgever in de jaren negentig heeft gekozen. Waarom nog wettelijk onderscheiden tussen werkgevers die wél en werkgevers die geen eenzijdige-wijzigingsbeding hebben opgenomen? Uiteraard met handhaving van de hoge mate van (materiële) bescherming volgens het ‘systeem’ van artikel 7:613 BW door, naargelang de (temporele en ruimtelijke) omstandigheden van elk geval, een kritische invulling te geven aan de afweging van het belang van de werkgever tegen dat van de werknemer(s).

1.12 Terug naar Stoof/Mammoet

De bespreking van het *Stoof/Mammoet*-arrest heb ik onderbroken toen we waren aanbeland bij het tweede deel van r.o. 3.3.2. Ik citeer nog maar eens die passage:

‘Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient (...) 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.’

Blijkens deze overweging heeft de Hoge Raad in het arrest *Stoof/Mammoet* onder ogen gezien dat bij de invulling die in 1998 in het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest, voor veranderingeschillen waarbij geen sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding, aan artikel 7:611 BW was gegeven de focus al te zeer was gelegd bij de vraag naar het goed werknemerschap. Nu, in 2008, wordt erop gewezen dat de beoordeling zowel ‘breder’ behoort te zijn (de nadruk moet ‘niet eenzijdig’ worden gelegd op wat van de werknemer mag worden verwacht) als ‘vroeger’ moet worden aangevat (‘in de eerste plaats’ moet worden onderzocht wat voor de werkgever aanleiding is geweest tot het doen van een voorstel en of dat voorstel redelijk is, ‘vervolgens’ of aanvaarding van het voorstel van de werknemer gevegd kan worden).

Het eerste ligt eigenlijk voor de hand, omdat het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap pas in hun onderlinge samenhang kleur en inhoud kunnen krijgen. Het tweede past bij een meer institutionele, zeg sferische, benadering van de arbeidsovereenkomst als duur- en organisatieverhouding, waarin de temporele en ruimtelijke dimensies beter tot hun recht kunnen komen. In dit licht bezien is de aanzet die de Hoge Raad hiervoor in het *Stoof/Mammoet*-arrest geeft onmiskenbaar, maar – samenhangend met de specifieke casus die voorlag – toch nog betrekkelijk summier: bij het onderzoek naar de aanleiding voor en de redelijkheid van het voorstel moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder: (1) de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven, (2) de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, (3) het belang van de werkgever, (4) het belang van de door de werkgever gedreven onderneming, (5) de positie van de betrokken werknemer, en (6) het belang van de betrokken werknemer bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. In deze – enuntiatieve – opsomming van gezichtspunten herkennen we verschillende aspecten die in verband plegen te worden gebracht met de eisen van goed werkgeverschap. Het beginsel van zuiverheid van oogmerk en het verbod van willekeur klinken door in de eis dat het wijzigingsvoorstel van de werkgever zijn grondslag vindt in gewijzigde omstandigheden in de onderneming. Het is aan de werkgever om die grondslag bij betwisting te bewijzen of aannemelijk te maken. Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt dat naar die grondslag ook serieus (zo nodig door een onafhankelijke externe deskundige) onderzoek wordt gedaan, dat de onderzoeksbevindingen in een open discussie betwist kunnen worden en dat van werkgeverszijde op een beargumenteerde contestatie ook (met eenzelfde inhoudelijke diepgang) beredeneerd wordt gereageerd. Het verantwoordings- en motiveringsbeginsel brengen mee dat de werkgever de aard, omvang en ernst van de gewijzigde omstandigheden waarop hij zich beroept duidelijk aan de werknemer moet presenteren en deugdelijk moet onderbouwen. Maar de eis van een voldoende grondslag vergt – naast deze meer procedurele – ook een inhoudelijke beoordeling. Daarbij kan de rechter in veranderingen niet volstaan met een ‘marginale toetsing’, in die zin dat alleen wordt beoordeeld of de werkgever in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Aan de ondernemer komt weliswaar in beginsel de vrijheid toe om de onderneming op een bepaalde wijze in te richten (reden waarom het Amsterdamse gerechtshof de keuze van Mammoet voor de opheffing van de vestiging waarover Stoof de leiding had, *sauveerde*), maar bij de beoordeling van de gevolgen die daaruit voor de onderneming en de daarin werkzame werknemers voortvloeien, moet ‘vol’ aan de eisen van goed werkgever- en werknemerschap worden getoetst. Zo verlangt het evenredigheidsbeginsel dat de mate waarin het voorstel van de werkgever in de arbeidsvoorwaarden ingrijpt, in de pas loopt met – en wordt gerechtvaardigd door – de impact die de gewijzigde omstandigheden voor het bedrijf hebben. Hierbij komt aan het streven naar winstmaximalisatie, zijnde uitsluitend een belang van de eigenaars/aandeelhouders dat niet samenvalt met het belang van de onderneming als geheel,⁷¹ beduidend minder gewicht toe dan wanneer kan

71 De Hoge Raad maakt nadrukkelijk onderscheid tussen ‘het belang van de werkgever’ en dat van ‘de door hem gedreven onderneming’. Dat deed ook het gerechtshof’s-Hertogenbosch in de hierna te bespreken *Fair Play*-zaak.

worden aangetoond dat het voortbestaan van de onderneming, en daarmee de werkgelegenheid, zonder ingrijpen op het spel staat. Ook het enkele streven naar harmonisatie van arbeidsvoorwaarden rechtvaardigt geen eenzijdige wijziging,⁷² zeker niet bij een ondernemer die zich bij de keuze voor fusies en overnames pleegt te laten leiden door kortetermijnaandeelhoudersbelangen en zich weinig gelegen laat liggen aan het belang van de onderneming als geheel op de langere termijn,⁷³ en zeker niet als zonder meer een terugschroeven van de arbeidsvoorwaarden naar het vergelijkenderwijs laagste niveau wordt voorgestaan. Ten slotte brengt het evenredigheidsbeginsel, waarvan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit onderdeel uitmaken en hun weerklink vinden in de notie dat ‘de sterkste schouders de zwaarste lasten’ moeten dragen, mee dat niet alleen wordt bezien of de werkgever met een minder ingrijpende maatregel toe had gekund (of mogelijk het onheil eerder ten dele had kunnen afwenden⁷⁴), maar het beginsel leidt ook tot een beoordeling van de mate waarin de wijziging ingrijpt in de arbeidsvoorwaarden, dit in relatie tot de mate waarin het ondernemingsbelang daadwerkelijk met de voorgestelde wijziging wordt gediend. Daarbij komt aan de aard van de gewijzigde arbeidsvoorwaarde betekenis toe, omdat de ene arbeidsvoorwaarde qua impact nu eenmaal de andere niet is. Hierbij kunnen ook individuele verschillen bestaan: wat voor de ene werknemer essentieel is, hoeft dat voor een andere niet noodzakelijkerwijs ook te zijn.

Net als *Van der Lely/Taxi Hofman*, moet ook *Stoof/Mammoet* worden gelezen in de context van het concrete geschil dat aan de Hoge Raad was voorgelegd. Beide keren ging het om een individueel geschil. Dat heeft de beoordeling in cassatie gekleurd en heeft in *Stoof/Mammoet* geleid tot een opsomming van gezichtspunten met een ‘individuele’ kleur. Daarin wordt weliswaar, op voorspraak van het Amsterdamse hof, gewezen op aspecten die zich buiten de individuele arbeidsverhouding bevinden, maar daarmee wel nog steeds een betrekkelijk nauwe relatie hebben. Er was een directe samenhang tussen enerzijds de positie en functie van Stoof in de onderneming van Mammoet en anderzijds de reorganisatie die

72 We zijn hiermee voor mijn gevoel intussen ver verwijderd van de gedachte dat ‘de onderneming als samenwerkingsverband geen verscheidenheid van rechtsordening (...) zou verdragen’. Koning tekende dit in *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, 1987, p. 23 nog op uit de mond van Hekkelman. Vaak zal de harmonisatiewens kunnen worden vervuld door natuurlijk verloop in het personeelsbestand en staat het gelijkheidsbeginsel daaraan niet in de weg.

73 Er zijn ook typen concernvormen waar de werknemers wél wijzer van worden. Zie R.M. Beltzer, *Concernwerkgeverschap* (preadvisie Levenbachinstituut; Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 43), Deventer: Kluwer 2015, p. 16 e.v.

74 Vgl. Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899 (FNV c.s./Vroom & Dreesman), waarin een eerdere ondernemingsbeslissing (de verkoop van onroerend goed en de besteding van de opbrengst daarvan) aan de werkgever, die bij een nadien dreigend faillissement van zijn personeel een loonoffer verlangde, werd toegerekend: ‘Indien de panden niet zouden zijn verkocht, of wanneer de destijds verkregen verkoopprijs voor een deel ten goede zou komen aan de thans in rekening gebrachte huurkosten, dan zou in mindere mate de noodzaak hebben bestaan een ingrijpende reductie in het huur- én loonkostenniveau aan te brengen, dan thans het geval is.’ Zie ook r.o. 3.15 van het hof in de hierna te bespreken *Fair Play*-zaak, waarin werd overwogen dat ‘niet is gesteld of gebleken waarom die kostenbeheersing slechts kan worden bereikt door een andere premielastverdeling en waarom deze niet op andere wijze kan worden gerealiseerd’.

was doorgevoerd nadat de aandelen door Van Seumeren waren overgenomen. En zo hingen ook de gewijzigde omstandigheden op het werk binnen het taxibedrijf van Hofman nauw samen met de arbeidsongeschiktheid van Van der Lely. Er zullen zich (zeker in tijden van economische neergang, zoals na de kredietcrisis van 2008 of de coronapandemie in 2020) situaties voordoen waarin die samenhang minder sterk is en tussen de gewijzigde omstandigheden die de werkgever aanleiding geven tot zijn wijzigingsvoorstel (de ‘appels’) en het offer dat van de werknemers wordt gevraagd (de ‘peren’) een gat gaapt dat zich met de gezichtspunten uit *Stoof/Mammoet* niet zomaar laat dichten. Dan hoeft het – en kan het – bij de beoordeling van een eenzijdige wijziging – in een individueel geval, maar zeker in verandergeschillen met een meer collectieve insteek – niet (te) blijven bij de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Hoever vervolgens de blik – in tijd en ruimte – mag of moet worden verruimd, zal telkens onderwerp van debat zijn, maar bij voorbaat kan niet worden volgehouden dat omstandigheden die wat verder van de individuele rechtsbetrekking tussen contractspartijen verwijderd liggen, maar wél de sfeer in de onderneming bepalen, geen rol kunnen spelen bij de beoordeling van een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. De rechtsontwikkeling is er mijns inziens bij gebaat dat van gedachten wordt gewisseld over de vraag welke aspecten, facetten of gezichtspunten in dat licht aandacht verdienen, en waarom (wel of niet). Ik zou menen dat bij een institutionele, meer sferische benadering in voorkomende gevallen, behalve op de genoemde eisen van goed werkgeverschap, tevens acht kan worden geslagen op fundamentele waarden en doelstellingen van het arbeidsrecht, zoals democratie, medezeggenschap, solidariteit, emancipatie, sociale inclusie en redistributie. Ik geef een voorzet. Maar niet dan nadat nog eens is benadrukt dat alle aspecten in hun onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld, waarbij de impact van een eenzijdige wijziging, zowel op de onderneming (wat is het voordeel?) als op de werknemers (wat is hun nadeel?),⁷⁵ de betekenis van andere omstandigheden danig kan relativiseren. En dat dus kan blijken dat een serieuze aantasting van de rechtspositie van de werknemer, zoals bij een substantiële inkomensachteruitgang, door de werkgever ook met de beste wil niet kan worden ge(re)pareerd.

75 In haar conclusie voor HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, JAR 2020/73 (*Schoonmaakbedrijf Victoria*) wijst A-G De Bock er (onder 4.59) op dat de werknemer door een ‘afgeslankt dienstverband’ (het ging in die zaak om een vermindering van de omvang van de arbeidsduur en om de vraag of de werkneemster, die op twee locaties schoonmaakwerk deed en – alleen – op één ervan door verwijtbaar handelen harerzijds niet meer kon werken, aanspraak heeft op behoud van de arbeidsovereenkomst voor zover deze het werk op de andere locatie betrof) in ‘een lastige positie’ belandt, omdat hij, wil hij zijn inkomen op peil houden, een nieuwe baan voor slechts enkele uren per week moet zoeken, ‘wat in de meeste gevallen een vrij onmogelijke opgave zal zijn’: ‘Het alternatief is dan zélf voor het overgebleven dienstverband ontslag te nemen en een nieuwe baan te zoeken’, waarbij dan geen recht op een transitievergoeding bestaat, omdat het initiatief tot beëindiging van (het resterende deel van) de arbeidsovereenkomst van de werknemer uitgaat. Bij de beoordeling van de gevolgen van een wijziging van de arbeidsvoorwaarden voor de werknemer moet dus ook (in de tijd) vooruit worden gekeken.

1.13 De collectieve arbeidsvoorwaardenvorming

Een eerste aspect dat in de beschouwing kan worden betrokken bij de poging om genoemde kloof te overbruggen, is de wijze waarop in de betrokken onderneming collectieve arbeidsvoorwaarden tot stand plegen te komen en hoe die gang van zaken zich verhoudt tot de situatie bij concurrenten in de branche. Niet voor niets wordt in ons land grote waarde gehecht aan de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden op het niveau van sector of bedrijfstak, waarbij de vakbonden als collectiviteiten van werknemers een – qua deskundigheid en slagkracht – gelijkwaardige rol hebben als die aan werkgeverszijde.⁷⁶ Algemeen wordt de collectieve arbeidsovereenkomst beschouwd als arbeidsvoorwaardenregeling van de hoogste arbeidsrechtelijke orde. Maar doordat de cao in de Wet CAO – de naam zegt het al – is ingericht als een overeenkomst tussen (een werkgever of) werkgeversorganisatie(s) aan de ene en (een) vakbond(en) aan de andere kant, is een werkgever die ervoor kiest zich niet (langer) aan te sluiten bij een werkgeversvereniging die de cao heeft afgesloten jegens zijn werknemers niet gehouden de cao in zijn onderneming toe te passen.⁷⁷ Het nadeel hiervan, dat alleen ‘gebonden’ werkgevers en werknemers door de cao worden beperkt in hun contractsvrijheid, wordt door middel van het algemeen verbindend verklaren (avv) van cao-bepalingen slechts ten dele en voor beperkte periodes weggenomen. Daarbuiten kunnen niet-gebonden werkgevers de cao, binnen de werkings sfeer waarvan zij opereren, negeren, zelf met hun werknemers de arbeidsvoorwaarden – op een lager niveau – bepalen en trachten op andere ondernemingen in de branche een voorsprong te nemen door niet alleen te concurreren op de aard en kwaliteit van de geproduceerde goederen of geleverde diensten, maar ook op arbeidsvoorwaarden.⁷⁸ Aan zo’n werkgever mag de keuze voor deze gedragslijn

76 Hierbij is de vooronderstelling dat de cao aan werknemerszijde is gesloten door een onafhankelijke en representatieve vakbond. Als er aan werkgeverszijde voor wordt gekozen om een cao aan te gaan met een vakbond waarvan de onafhankelijkheid en representativiteit in de onderneming of bedrijfstak kunnen worden betwijfeld, ontstaan bij de vraag naar de doorwerking ervan in de individuele arbeidsovereenkomsten (met de zogenoemde artikel 14-werknemers) al gauw discussies (zoals die over de gelding van incorporatiebedingen). Zie o.a. N. Jansen, Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, Deventer: Wolters Kluwer 2019 en W. Plessen, Heel kleine en grote vakorganisaties en incorporatiebedingen, in: Deining (liber amicorum voor Sjef de Laat), Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 287 e.v.

77 Zie, naar aanleiding van de keuze van bedrijven als Jumbo en Gall & Gall voor een arbeidsvoorwaardenregeling in overleg met de ondernemingsraad, R. van Steenberghe, De vakbond inruilen voor de OR, kan dat zomaar?, TRA 2019/106, die ook de ILO-verdragen nrs. 87, 98, 135 en 154 in zijn beschouwing betreft.

78 Steeds scherper wordt de kritiek op het fenomeen ‘concurrentie op arbeidsvoorwaarden’, als een middel om (voor de bedrijfsvoering benodigde) kosten op zwakkeren af te wentelen en om (aan het ondernemerschap inherente) risico’s tegen te gaan. Vgl. de MvT bij het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3). Aan de bestrijding van dit fenomeen komt inmiddels beduidend meer gewicht toe dan aan het belang van ‘voortschrijdende decentralisatie en differentiatie’ in de arbeidsvoorwaardenvorming, dat medio jaren negentig in het wetsvoorstel 24615, met zijn nadruk op ‘maatwerk’ op ondernemingsniveau, nog vooropstond. Aan die behoefte aan maatwerk is inmiddels tegemoetgekomen doordat cao’s steeds vaker een raam- of kaderregeling van de arbeidsvoorwaarden zijn die – binnen de door cao-partijen getrokken grenzen – in of na overleg met de ondernemingsraad wordt ingevuld naargelang de specifieke behoeften op ondernemingsniveau.

worden tegengeworpen als het aankomt op de beoordeling van een door hem verlangde eenzijdige wijziging.⁷⁹ Daarbij zal een benchmarkvergelijking een rol kunnen spelen, zoals dat in 2015 gebeurde in de hierboven genoemde V&D-zaak bij de Amsterdamse voorzieningenrechter en waarop ook het hof 's-Hertogenbosch in de hierna te bespreken *Fair Play*-zaak doelde. De rechter zal daarover in een veranderingeding uiteraard deugdelijk moeten worden voorgelicht, omdat de vraag of de arbeidsvoorwaarden in de onderneming suboptimaal, beneden marktconform, zijn alleen kan worden beantwoord als een (meer of minder globale) pakketvergelijking is gemaakt. Een informant uit de kring van de in de branche actieve vakbonden kan hierbij in voorkomende gevallen, ook ter zitting, een dienst bewijzen.

1.14 Redistributie in tijden van crisis

In lijn hiermee: steeds algemener wordt de groeiende ongelijkheid in de verdeling van inkomen, vermogen en welvaart beschouwd als een van de belangrijkste problemen van onze tijd.⁸⁰ Het werk van de Franse econoom Thomas Piketty heeft dat onderwerp de afgelopen jaren schrijnend helder voor het voetlicht gebracht.⁸¹ Hij ziet ook een samenhang met die twee andere verontrustende problemen, de opwarming van de aarde en de wereldwijde migratie.⁸² Zekić legt een verbinding tussen de groeiende economische ongelijkheid en de wijze waarop collectieve arbeidsvoorwaarden tot stand komen:

-
- 79 Of ook het omgekeerde geldt (als zich dus de situatie voordoet dat in een onderneming juist betere arbeidsvoorwaarden gelden dan bij de concurrentie en de werkgever die naar beneden wil bijstellen), is maar zeer de vraag. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch overwoog in de *Fair Play*-zaak (r.o. 3.13): 'Voor zover al juist zou zijn dat een premielastverdeling waarbij de werkgever de volledige premie voor zijn rekening neemt niet meer van deze tijd is en niet marktconform, levert dat op zich (en ook niet in samenhang met de andere redenen van de werkgever) geen reden op om te oordelen dat de werkgever een zwaarwichtig belang heeft bij het eenzijdig vaststellen van een andere verdeling van de premielast.' Spiegelbeeldig denken heeft in een op ongelijkheidscompensatie gericht rechtsgebied als het arbeidsrecht geen heel sterke papieren (vgl. ook HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734, JAR 2019/312, m.nt. M.L.G. Otto (*Xella*) en de verwerping van de 'omgekeerde toepassing van *Stoof/Mammoet*' ter beoordeling van de gehoudenheid van de werkgever om een voorstel tot beëindiging van een 'slapend dienstverband' te aanvaarden. De Hoge Raad overwoog 'dat de positie van een werkgever zodanig verschilt van die van een werknemer dat de maatstaf van het arrest *Stoof/Mammoet* zich (...) niet leent voor "omgekeerde toepassing"').
- 80 Zekić 2019, p. 3 e.v. Zij beschouwt redistributie – de herverdeling van middelen, macht en risico's – als een van de doelen van het arbeidsrecht en legt een verbinding met de groeiende inkomens- en vermogensongelijkheid, als 'een van de urgentste uitdagingen van onze tijd'.
- 81 T. Piketty, *Kapitaal in de 21ste eeuw*, Amsterdam: De Bezige Bij 2014 (de Nederlandse vertaling is van Lidewij van den Berg e.a.) en T. Piketty, *Kapitaal en ideologie*, Amsterdam: De Geus 2019 (vertaald door Ilse Barendregt e.a.).
- 82 Piketty 2019, p. 33: 'De toename van sociaaleconomische ongelijkheid die zich sinds de jaren 1980-1990 in de meeste landen en regio's voordoet, behoort tot 's werelds meest onrustbarende ontwikkelingen. We zullen zien dat het ook heel moeilijk is om oplossingen te vinden voor de andere grote problemen waarmee de wereld zich geconfronteerd ziet, om te beginnen de klimaatverandering en de migratie, wanneer we er niet tegelijkertijd in slagen die ongelijkheid terug te dringen en tot een norm van rechtvaardigheid te komen die voor een grote meerderheid aanvaardbaar is.'

‘De meest genoemde institutionele verandering is in dit verband de verzwakking van de vakbonden. Een enigszins daarmee samenhangende verklaring is de steeds verdergaande decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming. Het is al lang vastgesteld dat bij cao-onderhandelingen op sectoraal niveau, waarbij dus werkgeversorganisaties betrokken zijn, inkomensongelijkheid kleiner is dan bij cao-onderhandelingen op ondernemingsniveau. Bij decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming zal de inkomensongelijkheid dus toenemen.’

Mij dunkt dat dit in versterkte mate geldt voor de arbeidsvoorwaardenvorming op ondernemingsniveau, buiten cao, in overleg met de ondernemingsraad. Zoals het nu, in de economische crisis die volgt op de coronapandemie, voor de overheid – bij het verstrekken van steun – het uitgelezen moment is om de luchtvaartsector te bewegen zich meer in te zetten voor de klimaatdoelstellingen, zo hoeft ook de werkgever die in economisch betere tijden de winst vooral aan de eigenaar/aandeelhouders ten goede heeft doen komen, als hij – bij een kerend tij – de arbeidsvoorwaarden van zijn personeel neerwaarts wil bijstellen, op minder compassie te rekenen dan de werkgever die, toen het beter ging, zijn werknemers van de opbrengst van de samenwerking in de onderneming heeft laten meeprofiteren en naar vermogen een bijdrage heeft geleverd aan de vermindering van de sociaaleconomische ongelijkheid. Op die manier kan de redistributieve – op compensatie van economische en juridische ongelijkheid gerichte – doelstelling van het arbeidsrecht in veranderingen invulling krijgen en worden gestreefd naar een in zijn geheel wat minder inegalitaire en propriëtaristische samenleving, óók als in een economische recessie de buikriem moet worden aangehaald. Zo wordt maatschappelijk verantwoord ondernemen beloond en krijgt een evenwichtige collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, in overleg met een daartoe van oudsher geëquipeerd werknemerscollectief als de vakbond, een steun in de rug.

1.15 Medezeggenschap, solidariteit en draagvlak: het Fair Play-arrest

Een volgend, in veranderingeschillen niet minder controversieel, aspect betreft de medezeggenschap in de onderneming zelf en de opstelling van (een meerderheid van) de collega’s van de werknemer die zich niet aan een verslechtering van arbeidsvoorwaarden wil conformeren. Welke rol spelen die?

In de onderneming van Fair Play Centers (FPC), onderdeel van de JaHa-Group, hadden de werknemers een pensioenvoorziening waarbij de premie geheel voor rekening van de werkgever kwam. Er was sprake van een eenzijdige-wijzigingsbeding. Omdat het (onder andere door de financiële crisis en de verhoging van de kansspelbelasting) niet goed ging in de gokbranche (de omzet kelderde) en het alleen was gelukt om uit de rode cijfers te blijven door € 3,7 miljoen te besparen op personeelskosten, wilde Fair Play – om tot een verdere kostenreductie te komen – dat haar werknemers vanaf 1 januari 2014 aan de pensioenregeling gingen bijdragen. Daarmee zou het pensioen ook ‘meer van deze tijd’ en ‘marktconform’ worden, aldus Fair Play. Op het herhaalde instemmingsverzoek had de groepsondernemingsraad (GOR) afwijzend gereageerd. Twee jaar lang heeft het overleg tussen bestuurder en ondernemingsraad geduurd. Er werden externe

deskundigen ingeschakeld en de bedrijfscommissie bemiddelde. In december 2013 ging de GOR eindelijk door de bocht: met acht stemmen vóór en vijf stemmen tegen werd ingestemd met de voorgenomen premielastverdeling, die er in drie jaarlijkse stappen toe zou leiden dat de werknemers (vanaf 1 januari 2016) 30% van de pensioenpremie zouden gaan betalen. De GOR had weten uit te onderhandelen dat het personeel daarvoor met een eenmalige betaling van € 100 bruto ('naar rato dienstverband') werd gecompenseerd. De GOR meende 'eruit gehaald te hebben wat er in zat'. Van de ongeveer 590 werknemers die het betrof, weigerden er vijf met de wijziging in te stemmen en startten er drie een procedure. De kantonrechters in Maastricht en Eindhoven wezen hun vorderingen af, maar het gerechtshof 's-Hertogenbosch stelde hen in het gelijk. Uit het in appel geproduceerde PWC-rapport maakte het hof op dat de financiële situatie van de werkgever niet zo slecht was dat de continuïteit van zijn onderneming zonder verdere kostenbesparing in gevaar kwam en dat noodzakelijke investeringen⁸³ bij ongewijzigde handhaving van de pensioenregeling niet mogelijk zouden zijn. Waar Fair Play had aangevoerd dat het rendement van de aandeelhouders moest worden verbeterd, overwoog het hof dat 'de omvang van het rendement op aandelen voor (individuele) aandeelhouders niet zonder meer kan gelden als een belang van de onderneming, althans niet als enige of belangrijkste leidraad bij het nemen van beslissingen'. Over de door de GOR verleende instemming overwoog het hof:

'dat de ondernemer bij een eenzijdige wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde zoals de onderhavige – de werkgever vraagt in dit geval in feite een loonoffer van de werknemers –, onverminderd moet aantonen dat daartoe een zwaarwichtig belang bestaat, zeker wanneer dat door een werknemer gemotiveerd wordt betwist. Het bestaan van zo'n belang volgt niet reeds enkel uit de instemming van de OR met de wijziging van de (primaire) arbeidsvoorwaarde.'

Bij het ontbreken van een zwaarwichtig belang aan werkgeverszijde meende het hof aan een belangenafweging in de zin van artikel 7:613 BW niet toe te komen. In cassatie richtte Fair Play zijn pijlen onder meer op dit laatste en betoogde dat het hof had moeten meewegen dat de GOR met de wijziging heeft ingestemd en dat het overgrote deel van de werknemers niet tegen de wijziging is opgekomen. De Hoge Raad⁸⁴ verwierp het beroep en overwoog:

'3.1.3 De [parlementaire geschiedenis en de; toevoeging LH] strekking van art. 7:613 BW brengen mee dat wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding, de rechter – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van

83 Of een besparing op de loonkosten mag worden doorgevoerd om te kunnen investeren in technologische vernieuwing zoals robotisering, zal in de (nabije?) toekomst de vraag kunnen oproepen of van (hand)werkers wel kan worden gevergd aan hun eigen ondergang – het wegvallen van hun werkgelegenheid – mee te werken. Dan zal blijken wat er over is van de idee dat nut en noodzaak van economische activiteit vanuit maatschappelijke optiek, behalve in de productie van goederen en het leveren van diensten waaraan dringende behoefte bestaat, zijn gelegen in het verschaffen van werkgelegenheid die mensen in staat stelt in hun levensonderhoud te voorzien.

84 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, JAR 2020/11, m.nt. N. Cancian-van Ballegooien (Fair Play).

de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het gaat bij de toepassing van art. 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.

3.1.4 De klachten wijzen op zichzelf terecht erop dat het hof in de rov. 3.10-3.15 slechts is ingegaan op de vraag of de door FPC aangevoerde redenen voor de wijziging van de onderhavige arbeidsvoorwaarde een zwaarwichtig belang opleveren en daarbij de aanwezigheid van dat belang niet, overeenkomstig het hiervoor in 3.1.3 overwogene, heeft gezien ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde. Het oordeel van het hof moet echter mede worden gelezen tegen de achtergrond van het vaststaande feit dat de wijziging van de arbeidsvoorwaarde in dit geval voor de werknemers een substantiële inkomensachteruitgang betekent omdat de werknemers voortaan een belangrijk deel van de pensioenpremie zelf moeten betalen. Het hof wijst ook met zoveel woorden op dit feit in rov. 3.16, waar het spreekt van een “loonoffer” dat FPC van de werknemers vraagt. Daarmee ligt in het oordeel van het hof besloten dat het belang van FPC als werkgever bij de wijziging van de onderhavige arbeidsvoorwaarde, afgezet tegen het belang van de werknemers bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, niet zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemers, van wie een “loonoffer” wordt verlangd, op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het hof heeft daarbij grote betekenis toegekend aan zijn – in casu niet bestreden – oordeel dat voor het loonoffer geen bedrijfseconomische noodzaak bestaat. Het hof heeft de hiervoor in 3.1.3 vermelde maatstaf dus niet miskend.

3.2.1 Onderdeel 4 voert aan dat het hof ten onrechte het solidariteitsbeginsel niet in aanmerking heeft genomen. Dit beginsel behelst, aldus het onderdeel, in de kern dat onder omstandigheden ook van werknemers een offer op het terrein van de arbeidsvoorwaarden verwacht mag worden als een onderneming in zwaar weer verkeert, om verdergaande maatregelen, zoals ontslagen, te voorkomen.

3.2.2 Deze klacht faalt omdat naar het oordeel van het hof zich in deze zaak niet de situatie voordoet dat de continuïteit van de onderneming zozeer wordt bedreigd dat van de werknemers een loonoffer kan worden gevergd (...).

De Hoge Raad oarmde in het *Fair Play*-arrest de ‘relatieve’ opvatting omtrent de ‘zwaarwichtigheidsnorm’ van artikel 7:613 BW. Anders dan was verdedigd door aanhangers van de ‘absolute’ benadering (waarin eerst – in absolute zin – moet worden vastgesteld dat de werkgever ‘op zichzelf’ een zwaarwichtig belang bij wijziging heeft om – pas als dat het geval blijkt – toe te komen aan een afweging tegen het belang dat de werknemer bij handhaving van de status quo heeft), dient naar het oordeel van de Hoge Raad de zwaarte van het belang van de werkgever al direct te worden beoordeeld in zijn verhouding tot dat van de werknemer. Dat klinkt nogal vanzelfsprekend, nu de wet zegt dat het bij eenzijdige wijziging

van arbeidsvoorwaarden aankomt op ‘een zodanig zwaarwichtig belang dat het belang van de werknemer (daarvoor) moet wijken’. Bij wegen, wikken en afwegen is zo iets als een ‘absoluut’ gewicht ook eenvoudigweg niet bestaanbaar: evenwicht is noodzakelijkerwijs een relatief fenomeen, het gaat om de mate waarin de balans naar deze of gene kant doorslaat. De absolute leer leidt ook tot het onaannemelijke rechtsgevolg dat een werkgever een arbeidsvoorwaarde niet zou mogen wijzigen, als daarvoor een goede aanleiding is en daartegen van werknemerszijde weinig kan worden ingebracht. Ik trek een parallel met de toetsing aan de eisen van goed werkgever- en werknemerschap. Ook bij toepassing van artikel 7:611 BW dienen de belangen aan werkgevers- en werknemerszijde in hun onderlinge verband te worden beoordeeld. Ook die laten zich immers niet in absolute zin ‘wegen’, maar kunnen alleen in hun onderlinge verhouding vorm en inhoud krijgen.⁸⁵ Het verdient daarom aanbeveling om niet langer te spreken van de ‘drietrapsraket’ of het ‘stappenplan’ van *Stoof/Mammoet*. Dat leek weliswaar aan te sluiten bij de – consecutieve – terminologie die de Hoge Raad in 2008 koos (met zijn ‘in de eerste plaats’ en ‘vervolgens’ van r.o. 3.3.2), maar in de praktijk bleek al gauw dat een simultane benadering het meest aangewezen is. In de lagere rechtspraak worden dan ook vaak de tweede en derde ‘stap’ van *Stoof/Mammoet* (is het voorstel redelijk en wat mag van de werknemer gevergd worden?) bijeengenomen. Ik zou menen dat ook de eerste ‘stap’ (wat geeft de werkgever aanleiding tot wijziging?) niet los kan worden gezien van de rest van de beoordeling. De ene aanleiding is nu eenmaal, qua impact voor zowel de werkgever en de onderneming als de werknemers, de andere niet. Het maakt uiteraard verschil of de inzet is om de winst ten behoeve van de aandeelhouders te verhogen of om de onderneming die in zwaar weer verkeert er financieel weer zover bovenop te krijgen dat werkgelegenheid behouden blijft.

De verdiende overwinning die Fair Play in cassatie op het punt van de ‘relatieve’ aanpak bij toepassing van artikel 7:613 BW behaalde, mocht haar niet baten. De Hoge Raad hield het Bossche hof de hand boven het hoofd door te overwegen dat in het oordeel van het hof een afweging tegen het belang van de werknemers ‘besloten ligt’. Veel meer ruimte kan de Hoge Raad zich bij een welwillende uitleg van de uitspraak in hoger beroep niet verschaffen. Denkelijk heeft hierbij de algehele indruk vooropgestaan dat Fair Play bepaald niet in een zo slechte (financiële) positie verkeerde dat zij van haar werknemers een substantiële inkomensachteruitgang kon vragen. Ik verwijs naar wat ik hierboven, in het intermezzo over rechtswinding, heb opgemerkt. Het eindresultaat (‘fit’) en de weg ernaartoe (‘justification’) zijn, waar het op het afwegen van belangen aankomt, sterk met elkaar vervlochten. Mogelijk nog teleurstellender was het voor (de cassatieadvocaat van) Fair Play om te moeten vaststellen dat de Hoge Raad geen enkele aandacht besteedde aan de klacht dat het hof eraan voorbij was gegaan dat de ondernemingsraad en de overgrote meerderheid van het personeel tegen de wijziging van de pensioenregeling geen bezwaar hadden.⁸⁶ De Hoge Raad volstond met een

85 Daarom was het indertijd een gelukkige keuze van de wetgever om art. 7A:1638z (oud) BW (goed werkgeverschap) en art. 7A:1639d (oud) BW (goed werknemerschap) samen te brengen in één art. 7:611 BW.

86 Ook niet nadat Fair Play op grond van art. 31 of 32 Rv, in het belang van de rechtsontwikkeling, had verzocht om de uitspraak van 29 november 2019 te herstellen of aan te vullen. Zie HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:72, JAR 2020/53.

overweging die de klacht van Fair Play in de sleutel van het ‘solidariteitsbeginsel’ plaatste. Dit was in het cassatiemiddel omschreven als ‘in de kern’ behelzende ‘dat onder omstandigheden ook van werknemers een offer op het terrein van de arbeidsvoorwaarden verwacht mag worden als een onderneming in zwaar weer verkeert, om verdergaande maatregelen, zoals ontslagen, te voorkomen’. In r.o. 3.2.2 deed de Hoge Raad de kwestie af met een verwijzing naar het oordeel van het hof dat zich in deze zaak niet de situatie voordeed dat de continuïteit van de onderneming zozeer werd bedreigd dat van de werknemers een loonoffer kon worden geveerd. Moet hieruit worden afgeleid dat de Hoge Raad aan het ‘solidariteitsbeginsel’ uitsluitend betekenis wil toekennen in de situatie dat het voortbestaan van de onderneming in direct gevaar is? Zo beschouwd zal de overweging nagenoeg zinledig blijken, omdat een besparing op personeelskosten vaak niet meer aan de orde zal zijn als al het stadium is bereikt dat een bedrijf op omvallen staat. Dan kan meestal alleen een ingrijpende reorganisatie, met een herbezinning op de markt- en concurrentiepositie, inkrimping en ontslagen, of in het ergste geval (een doorstart na) faillissement mogelijk nog uitkomst bieden. Zachte heelmeeesters maken dan alleen maar stinkender wonden. Maar er is ook een andere, meer principiële, reden om aan het solidariteitsbeginsel niet de betekenis te geven die Fair Play voorstond. Solidariteit (of lotsverbondenheid) is een begrip dat gemakkelijk devalueert.⁸⁷ A-G Drijber noemt het in zijn conclusie een ‘toverwoord’. Wil het begrip zijn waarde houden, dan moet de emancipatoire functie ervan voor ogen worden gehouden. Die betekent dat de leden van een belangengemeenschap in hun strijd voor gelijkberechtiging de rijen sluiten om een vuist te kunnen maken tegenover degenen die hun groep in de afhankelijkheidspositie houden waarin ze zich van oudsher hebben bevonden (inderdaad: ‘Gansch het raderwerk staat stil, als uw machtige arm het wil’). Daarbij mag, waar het om werknemersrechten en -verworvenheden gaat, zeker de vraag worden gesteld wat precies in het welbegrepen belang van de werknemers als groep is: op korte termijn behoud van materiële arbeidsvoorwaarden van elk lid van de groep of behoud van werkgelegenheid voor de groep als geheel op de langere termijn? Maar het zijn alleen de werknemers die zich die vraag hebben te stellen, níét ook de werkgever. Net als in het stakingsrecht, geldt ook hier het uitgangspunt dat het werknemerscollectief vrij is in de keuze van de middelen om zijn doel te bereiken.⁸⁸ Het is aan de werknemers om te beoordelen of zij erop willen vertrouwen dat hun offer in de arbeidsvoorwaardelijke sfeer inderdaad zal leiden tot het voortbestaan van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid, of dat zij menen dat de vrees gerechtvaardigd is dat zij, als het toch misgaat, – in

87 Zoals ook Sheila Sitalsing in haar column ‘Samen’ in *de Volkskrant* van 14 mei 2020 opmerkte: ‘Tegenwoordig [ze doelt op de tijd na de recente uitbraak van het coronavirus; LH] heet alles solidariteit: klappen uit het keukenraam voor zorgpersoneel, (...) geen geld terugvragen van de kaartjes voor een afgeblazen voorstelling, en “2 tot 4 miljard euro” aan belastinggeld voor KLM.’ En verderop: ‘Solidariteit is tegenwoordig: je peperdure kaartje van Mojo Concerts niet terugvragen, want Mojo mag dan wel jarenlang een winstgevende business hebben gerund, nu is het de tijd om niet te vragen wat Mojo voor jou kan doen, maar wat jij voor Mojo kunt doen.’

88 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (FNV c.s./Enerco) en HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687, JAR 2015/188, m.nt. A. Stege (AbvaKabo FNV/Amsta).

uitkeringsrechtelijke sfeer en wat betreft de aanspraak op transitievergoeding⁸⁹ – uiteindelijk alleen maar nog slechter af zullen zijn.

Maar hoe zit het nu eigenlijk met die rol van de ondernemingsraad?⁹⁰ Had Fair Play hier niet toch een punt? Maakt dit aspect niet immers onderdeel uit van wat hierboven de sferische benadering van verandergeschillen is genoemd? Een eenvoudig antwoord is hier, ben ik bang, niet te geven. Voor een begin van een antwoord moet worden teruggegaan naar de parlementaire geschiedenis van artikel 7:613 BW. Toen eenmaal het aanvankelijk voorgestelde tweede lid van dat nieuwe artikel, met zijn rechtsvermoeden, was geschrapt, bleef overeind de idee dat een bereikte overeenstemming met de ondernemingsraad⁹¹ zeker meeweegt.⁹² Maar de minister liet in het midden welke waarde daaraan precies toekomt. Nu eens sprak hij van een ‘belangrijke betekenis’, dan weer heette het dat de overeenstemming met de ondernemingsraad ‘een rol kan spelen’. De arbeidsrechtelijke literatuur concludeerde al snel (misschien ál te snel) dat aan de instemming van of overeenstemming met de ondernemingsraad een ‘(zeer) zwaarwegend’ belang moet worden gehecht. Mijns inziens is er reden voor enige reserve. Zonder de rol van de ondernemingsraad te willen bagatelliseren, kan worden betwijfeld of de raad in algemene zin het meest geschikte forum is om, behalve de algemene belangen die bij een wijziging van arbeidsvoorwaarden over en weer betrokken zijn (dat past binnen de taak van de raad om te waken voor ‘het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen’, zoals art. 2 lid 1 WOR zegt), ook de impact ervan op de situatie van de individuele werknemers te beoordelen.⁹³ Tevens moet eraan worden herinnerd dat in het kader van het aan-

89 De WW geeft alleen recht op uitkering bij een vermindering van arbeidsduur en uit HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749, JAR 2020/128, m.nt. J. Dop (SIPOR) volgt dat bij een inkomensachteruitgang geen recht op een gedeeltelijke transitievergoeding bestaat.

90 Over de opstelling van de meerderheid van het personeel kom ik verderop te spreken, als de kwestie van het ‘draagvlak’ aan de orde is.

91 Dat in deze wetsgeschiedenis wordt gesproken over ‘overeenstemming’ met de ondernemingsraad en niet over ‘instemming’ (de term van art. 27 WOR) hing samen met de gedachte dat aan de ondernemingsraad alleen ‘instemmingsrecht’ toekomt als het gaat om een voorgenomen besluit van de ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van een van de in art. 27 lid 1 WOR limitatief opgesomde regelingen. In een geval dat een voorgenomen eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden wél moet worden aangemerkt als (een wijziging of intrekking van) zo’n ‘regeling’ geldt a fortiori hetzelfde voor de door de ondernemingsraad gegeven instemming.

92 Waar uit (de reden voor) het vervallen van het tweede lid van art. 7:613 BW (te weten: dat het rechtsvermoeden niet nodig werd geacht) wel is afgeleid dat met het bereiken van overeenstemming met de ondernemingsraad het pleit in beginsel in het voordeel van de werkgever beslecht is, wordt eraan voorbijgezien dat de wetgever met het nieuwe art. 7:613 BW nadrukkelijk geen verandering heeft willen brengen in het gelaagde systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht. Met de overeenstemming met de ondernemingsraad (of de instemming in de zin van art. 27 WOR) is alleen het eerste deel van het wijzigingstraject afgelegd. Die overeenstemming heeft geen automatische of dwingende doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst, zoals een cao die voor een georganiseerde werknemer wél heeft. Met het een (de overeenstemming met de ondernemingsraad) is dus niet in beginsel ook al het andere (de doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomsten) gegeven.

93 Diezelfde twijfel rijst bij de vraag welke waarde in een verandergeschil toekomt aan een vervangende toestemming die de kantonrechter op verzoek van de ondernemer ingevolge art. 27 lid 4 WOR heeft gegeven in de situatie dat van de ondernemingsraad geen instemming kon worden verkregen. Ik meen dat die vervangende rechterlijke toestemming geen verder

vankelijk voorgestelde rechtsvermoeden geen onderscheid was gemaakt tussen de situatie dat de eenzijdige wijziging 'voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst' en die waarin sprake is van 'een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad'. Het rechtsvermoeden zou, zo was de bedoeling, in beide gevallen gelden. Deze uniforme aanpak is opmerkelijk, omdat de minister niet naliet te benadrukken dat de overeenstemming met de ondernemingsraad niet het kaliber van een cao heeft⁹⁴ en dat 'de grote maatschappelijke betekenis van de cao in termen van redelijkheid en billijkheid meer gewicht in de schaal' legt. Het ligt dan ook in de rede dat, als het rechtsvermoeden de eindstreep had gehaald, de rechter de vraag of de werknemer het rechtsvermoeden in een geding had weten te ontkrachten sneller bevestigend zou hebben beantwoord in het geval de werkgever – slechts – de ondernemingsraad voor zich heeft weten te winnen dan wanneer de eenzijdige wijziging voortvloeit uit een cao waaraan hij gebonden is. In dat laatste geval zou het rechtsvermoeden het in de praktijk vermoedelijk vaker hebben 'gehouden'.

Is het soortelijk gewicht van de overeenstemming met de ondernemingsraad dus in algemene zin lager dan dat van een eenzijdige wijziging die direct uit een cao voortvloeit, ook kan het ene geval van overstemming niet zonder meer worden gelijkgesteld aan het andere, en is ook de ene ondernemingsraad de andere niet. Er is daarom alle reden om bij veranderingeschillen te onderscheiden, allereerst naar de wijze waarop de werkgever overeenstemming met de ondernemingsraad heeft bereikt. Daarbij komen vragen aan de orde als: heeft uitvoerig – en ook inhoudelijk substantieel – overleg met de ondernemingsraad plaatsgevonden of was het een hamerslag en is de ondernemingsraad op basis van summier informatie van de bestuurder 'klakkeloos' akkoord gegaan; stond het akkoord van de ondernemingsraad op zichzelf of maakte het onderdeel uit van een *package deal* met de bestuurder waarin op het ene onderdeel water bij de wijn is gedaan om op het andere een voordeel te kunnen binnenslepen; heeft de ondernemingsraad zich door (een) onafhankelijke deskundige(n) laten bijstaan; is de 'achterban' geraadpleegd, en zo ja, wat waren daarbij de bevindingen; en, niet in het minst, heeft de ondernemingsraad kenbaar met alle relevante voor- en nadelen rekening gehouden, en hoe heeft hij die tegen elkaar afgewogen?⁹⁵ De Maastrichtse kantonrechter heeft in een van de *Fair Play*-zaken, naar mijn idee wat al te gemakkelijk, uit onder meer het feit dat de pensioenkwestie twee jaar lang op de agenda

effect heeft dan in de medezeggenschapsrechtelijke context waarin die is gegeven, en niet meer is dan de afsluiting van de eerste fase van het verandertraject. In die fase komt de impact die een eenzijdige wijziging voor een individuele werknemer heeft nog niet zo uit de verf. Bij de vraag of de werkgever de beoogde wijziging van arbeidsvoorwaarden vervolgens kan doen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten moet mijns inziens 'vol' worden getoetst aan art. 7:613 of 7:611 BW.

94 Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3 p. 23, waar de cao een 'regeling van hogere arbeidsrechtelijke orde' werd genoemd.

95 Zie o.a. Zondag 2006, p. 45 en Zondags Sdu Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 7, art. 613 (Arbeidsrecht Thematisch), par. C.5.5.2; I. Zaal, Het kansspel van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Welke rol speelt de OR?, *ArbeidsRecht* 2020/23; De Laat 2011. Sjef de Laat noemt daar 'overvaltechnieken, salamatactieken, vergaderingen tijdens de vakantie van de werknemers, wijzigingen wanneer de or of de pvt net aan een nieuwe termijn is begonnen of nog slechts een romporgaan vormt, zwijgen opvatten als instemming, e.d.'

van de ondernemingsraad had gestaan en dat er intensief overleg was gevoerd, opgemaakt dat de raad niet ‘lichtvaardig’ of ‘onder druk’ met de verandering van de voorgenomen premielastverdeling heeft ingestemd. Uit die gang van zaken kan met evenveel recht van spreken worden afgeleid dat het een kwestie van ‘hangen en wurgen’ is geweest (het was uiteindelijk acht voor en vijf tegen) en dat de instemming pas is verkregen nadat de druk op de ondernemingsraad – mede door het voortschrijden van de tijd – steeds verder was opgelopen. Ook twijfels over de representativiteit van de ondernemingsraad kunnen bij de toepassing van artikel 7:613 BW (en bij art. 7:611 BW) de rechter tot terughoudendheid nopen. In elk geval is debat mogelijk over de vraag hoe de stemverhouding in de ondernemingsraad ligt tussen te onderscheiden groepen binnen het personeel, of de werknemers die door de wijziging van de arbeidsvoorwaarden het zwaarst worden getroffen in de ondernemingsraad adequaat zijn vertegenwoordigd, en of hun belang in de stemverhouding tot uitdrukking is kunnen komen. Niet uitgesloten is dat zich hier een vergelijkbare situatie voordoet als die welke in het cao-recht speelt waar het gaat om de binding van werknemers aan een cao die is afgesloten door een niet-representatieve vakbond.⁹⁶ Wat daar meespeelt – staat de vakbond wel onafhankelijk tegenover de werkgever? – is zeker ook hier een item: hoeveel tegendruk heeft de ondernemingsraad aan de bestuurder kunnen geven? Het gaat per slot van rekening om de vraag of de ondernemingsraad werkelijke ‘countervailing power’⁹⁷ heeft kunnen ontwikkelen. Met het enkele ‘ja’-woord van de ondernemingsraad is in verandergeschillen het doek dus zeker niet gevallen. En die instemming zegt, op zichzelf genomen, ook niet zoveel over de vraag hoe het werkgeversbelang bij een eenzijdige wijziging zich verhoudt tot dat van een individuele werknemer dat door die wijziging wordt geschaad. Daarvoor moet in elk afzonderlijk geval toch ook weer worden bezien hoe de wederzijdse belangen zich tot elkaar verhouden.

Dit laatste geldt in nog sterkere mate waar het gaat om de waardering van de mening van de meerderheid van het personeel. In de wetsgeschiedenis van artikel 7:613 BW is geen aandacht besteed aan de vraag welke rol de meerderheidsopvatting onder het personeel speelt. Daaruit mag worden geconcludeerd dat deze zich in de visie van de wetgever in de hiërarchie beduidend lager bevindt dan de opstelling van een vakbond of de ondernemingsraad. Dat ligt ook voor de hand, omdat het er in ons systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming nu eenmaal om gaat dat de werknemers, die ieder afzonderlijk vaak weinig hebben in te brengen tegen hun werkgevers wil, een tegenmacht moeten kunnen organiseren ‘als waarborg voor evenwichtige arbeidsvoorwaarden’.⁹⁸ En die ontstaat niet door het tellen van het aantal individuele medewerkers. Integendeel: dan dreigt licht een ‘verdeel en heers’ van werkgeverszijde. Daar komt bij dat – als een werkgever zich op de meerderheidsopvatting onder zijn personeel beroept en daaruit afleidt dat zijn voorstel tot wijziging van arbeidsvoorwaarden een breed draagvlak heeft – zelden of nooit inzicht bestaat in de motieven van hen die daartegen

96 Zie o.a. S.F. Sagel, *Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's*, *ArbeidsRecht* 2006/44; Jansen 2019; E. Koot-van der Putte, *Nawerking en incorporatie van de cao; hoe ver reikt het?*, *TRA* 2019/105.

97 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 24 (MvT).

98 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 23 (MvT).

niet in rechte zijn opgekomen. Vaak wordt simpelweg het aantal betrokken werknemers (in *Fair Play*: 590) afgezet tegen de enkelen (in die zaak: 5) die het hebben aangedurfd de zaak voor de rechter te brengen. Gegist moet dan worden of de werknemers die niet tegen de wijziging hebben geprotesteerd zich er op rationele gronden bij hebben willen neerleggen (erkennen zij inderdaad, volmondig of à contrecœur, dat de ingreep in hun arbeidsvoorwaarden nodig is voor het behoud van werkgelegenheid in de onderneming?), of dat zij zich bijvoorbeeld door vrees voor een verslechtering van de relatie met de bedrijfsleiding of voor het mislopen van een promotiekans hebben laten leiden. Ook in democratische verhoudingen is ‘de meeste stemmen gelden’ niet onproblematisch⁹⁹ als het om de positie van een andersdenkende minderheid gaat. Vanuit een oogpunt van bedrijfsdemocratie kan aan een minderheid, zelfs een enkele werknemer, daarom de opvatting van zijn collega’s alleen worden tegengeworpen als vaststaat dat aan hun zijde sprake is van een informed consent op rationele gronden. In de praktijk zal het de werkgever meestal niet gemakkelijk vallen dit aannemelijk te maken.

1.16 ‘Open als een schelp, dicht als een steen’

Het is tijd om de balans op te maken. Wat heeft onze rondgang door de tijd en ruimte van het arbeidsrecht opgeleverd? In elk geval heeft de sferische benadering haar nut bewezen om bij de afweging van belangen in verandergeschillen het blikveld breed te houden. Daardoor zijn aspecten, facetten en gezichtspunten op het spoor gekomen die bij een meer contractuele benadering licht buiten beeld zouden zijn gebleven. Die openheid, zowel naar verleden en toekomst als naar de omgeving, lijkt me – wat ook de uitkomst in een concreet geval moge zijn – een voordeel, gegeven dat de arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst en de onderneming een belangengemeenschap is. Het nadeel, dat het er in de (rechts)praktijk niet gemakkelijker op wordt, en de kritiek, dat we doorschieten in de mate van differentiatie, hoe opportuun in het algemeen ook, moeten worden verdragen en uitgehouden, omdat we bij eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden weinig hoeven te verwachten van ‘hard and fast rules’.¹⁰⁰ ‘[V]ertrouwen en rechtszekerheid kunnen voor het antwoord op de vraag of recht wordt gedaan niet op eigen benen staan, noch ieder voor zich, noch door zich aan elkaar vast te klampen’, schreef Vranken in een preadvies uit 1997.¹⁰¹

99 Hetzelfde geldt voor een gekwalificeerde meerderheid, zoals voorgesteld door C.A.H. Hilverda-van Leeuwen, De rol van de meerderheidsopvatting van collega’s bij de wijziging van arbeidsvoorwaarden, *ArbeidsRecht* 2016/12. Zij ontleent de norm van 70% aan het huurrecht, waar het voorstel van de verhuurder om een complex van woningen te renoveren vermoed wordt redelijk te zijn als 70% of meer van de huurders daarmee heeft ingestemd. Deze vergelijking gaat mank, omdat zo’n renovatieproject veelal niet uitvoerbaar is als niet het hele complex erin kan worden betrokken. Dat ligt bij een wijziging van arbeidsvoorwaarden in een onderneming anders. Daar wordt het harmonisatiebelang van de werkgever minder hoog aangeslagen.

100 Dat geldt ook elders in het arbeidsrecht. Zie S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), 2014.

101 J.B.M. Vranken, *Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht, in: Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (preadviezen van J.B.M. Vranken, N. Verheij en J. de Hullu voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van

Gezichtspunten, aspecten, facetten, noties en beginselen kunnen in veranderingen vaart en richting geven aan de sprong van vraag naar antwoord die de rechter moet wagen. Gezichtspuntencatalogi, zoals die sinds de jaren zestig van de vorige eeuw door de Hoge Raad zijn ontwikkeld,¹⁰² zijn weliswaar op bezwaren gestuit: gezichtspunten kunnen in tegengestelde richtingen wijzen en de onderlinge rangorde is vaak niet duidelijk (is er eigenlijk wel een hiërarchie?). Ook is er de klacht dat rechters nogal eens volstaan met de enkele opsomming van gezichtspunten, teneinde de uitspraak appelproof te maken, om vervolgens af te sluiten met een dooddoener als: ‘alle omstandigheden afwegende, is de conclusie dat ...’ Ik zou evenwel menen dat van een gezichtspuntencatalogus een aansporing kan uitgaan en de rechter ertoe kan aanzetten om meer, en meer op de zaak toegesneden, inzicht te geven in de gedachtegang die tot het oordeel heeft geleid. En wat de diepgang van het debat van partijen in een verandering betreft: in mijn optiek zijn de hierboven genoemde aspecten, facetten en noties vooral *topoi*, in de zin van vindplaatsen van argumenten waarvan gewicht en richting telkens aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden bepaald. ‘Terug naar de zaak zelf’ dus, zoals het devies van de fenomenologie¹⁰³ luidt.

De geschiedenis van de eenzijdige wijziging, tot nu toe, overziend kan een golfbeweging worden ontwaard, een soort eb en vloed van institutioneel en contractueel gekleurde beschouwingen, alsook een opengaan en zich weer sluiten van de arbeidsverhouding ten opzichte van de omgeving waarin de arbeid wordt verricht. Moet nu aan het eind, met de bottomline van het *Fair Play*-arrest voor ogen dat een substantiële inkomensachteruitgang van de werknemers niet kan worden gevegd als het voortbestaan van de onderneming niet in direct gevaar is, óók niet als een loonoffer in de onderneming breed wordt gesteund, worden geconcludeerd dat het klassieke contractbegrip, met zijn adagium dat het gegeven woord bindt, uiteindelijk toch zegeviert over een meer sferische benadering? Het ligt

België en Nederland), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 1 e.v. Op p. 33 schrijft Vranken: ‘Ik denk dat iedereen de wenselijkheid van zo veel mogelijk duidelijkheid, scherpheid, consistentie en voorspelbaarheid (rechtszekerheid) onderschrijft. Daarmee schieten we echter niets op. Zonder nadere invulling is het niet meer dan een gratis eresaluut aan een beginsel dat het soms meer van zijn retorische kracht lijkt te moeten hebben dan van een intrinsieke waarde. Hoe kan er zinvol over worden gesproken?’ Bij zijn beantwoording van die laatste vraag wijst Vranken (p. 34) onder meer op ‘de rechtspolitieke dimensie van het recht’: “‘Waar gaat het om?’”, “welke belangen staan op het spel?” is belangrijker dan “hoe moet ik het juridisch kwalificeren?” Niet voor niets spreekt men tegenwoordig van belangenjurisprudentie. Het debat is maatschappelijker, opener en minder juridisch-technisch geworden.’

102 Sinds HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. GJS (Kelderluik) en HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB7079, NJ 1967/261, m.nt. GJS (Saladin/HBU). Bijvoorbeeld voor het ontslag op staande voet: HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2849, NJ 1999/643; JAR 1999/102 (Schrijver/Van Essen) en voor de verjaring in asbestzaken: HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. ARB onder NJ 2000/431 (Van Hese/De Schelde), en laatstelijk: HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, JAR 2018/183 (FNV/PontMeyer). Zie over gezichtspuntencatalogi, en ook de kritiek erop, het mooie boek van J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht*, in het bijzonder het arbeidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

103 ‘Zurück zu den Sachen selbst’, zoals de Oostenrijks-Duitse filosoof Edmund Husserl begin twintigste eeuw de taak van de fenomenologie omschreef. Zie ook noot 63 en het bijbehorende citaat.

volgens mij anders. Dat de impact van een aan werkgeverszijde verlangde wijziging van arbeidsvoorwaarden op de rechtspositie van werknemers een belangrijk facet is bij de beoordeling van die eenzijdige wijziging heeft met het lang voor heilig gehouden adagium *pacta sunt servanda* niet zoveel van doen, maar raakt – veel aardser – aan de beschermingsfunctie van het arbeidsrecht, waar we dit hoofdstuk mee begonnen. Die bescherming van de economisch afhankelijke, voor zijn levensonderhoud op inkomen uit onzelfstandige arbeid aangewezen werknemer ontsluit een andere, op immuniteit en geborgenheid gerichte sfeer, en wel die van degenen die voor hun ontwikkeling, menselijke waardigheid en maatschappelijk functioneren van dat inkomen afhankelijk zijn. Die sfeer stelt een grens aan de coöperatie die bij een door de werkgever beoogde verslechtering van arbeidsvoorwaarden van de werknemer kan worden gevegd. Zeker aan de onderkant van de arbeidsmarkt, waar na betaling van de vaste lasten weinig overschiet voor een volwaardige deelname aan de samenleving. Aldus dient het arbeidsrecht ook het doel van non-discriminatie, participatie, emancipatie en sociale inclusie. En is de arbeidsverhouding, naar haar wezen ‘open als een schelp’, toch soms – juist ter bescherming van datzelfde wezen – ‘dicht als een steen’.¹⁰⁴

104 C. Nooteboom, *Open als een schelp, dicht als een steen*, dichtbundel uit 1978.

2 Wat het zwaarste is, moet het zwaarste wegen

Sjef de Laat*

2.1 Het eenzijdige-wijzigingsbeding¹

De belangrijkste wettelijke bepaling over de bevoegdheid en de mogelijkheden van de werkgever om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen is neergelegd in artikel 7:613 BW. Voor ons, verderop in te nemen, standpunt over het in artikel 7:613 BW voorkomende begrip ‘arbeidsvoorwaarde’, maar ook over de invulling van het begrip ‘zwaarwichtig belang’, en de rol van de vakbond(en) en de ondernemingsraad daarin, is het van belang een korte blik te werpen op de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:613 BW, waarin het eenzijdige-wijzigingsbeding wordt geregeld.

2.1.1 Geschiedenis artikel 7:613 BW

Artikel 7:613 BW is ingevoerd in 1998.² Het onderwerp van het artikel was van oorsprong slechts een afgeleide van een wijziging van de WOR en kwam in de memorie van toelichting pas op p. 20 aan de orde, strekte zich uit tot p. 24, waarna p. 25-36 weer over medezeggenschap gingen. De nadruk lag op medezeggenschapsrechtelijke onderwerpen als de ondernemingsovereenkomst tussen ondernemer en de ondernemingsraad (OR) en de uitbreiding van het instemmingsrecht. Geconstateerd werd³ dat, naast de arbeidsvoorwaarden die in overleg met de vakorganisaties in cao’s worden geregeld, in ondernemingen tal van andere arbeidsvoorwaarden zijn vastgelegd in bedrijfsregelingen (ook wel personeelsgidsen genoemd). De invloed van de werknemers en hun vertegenwoordigers bij de totstandkoming van deze bedrijfsregelingen is beperkt. De invloed van de OR is klein, omdat in het algemeen geen instemmingsrecht van toepassing is, nu het immers gaat om primaire arbeidsvoorwaarden, en voorts in de praktijk bedrijfsregelingen slechts zelden worden aangemerkt als (totstandkoming of wijziging van) een arbeidsreglement, waarvoor de OR (tot 1998) wel een instemmingsrecht had. Voor zover OR’s bij de vaststelling of

* Sjef de Laat was kantonrechter bij de rechtbank Midden-Nederland.

1 Gekozen is voor de volgende schrijfwijze van het beding: eenzijdige-wijzigingsbeding. Het beding is immers niet eenzijdig, maar de wijziging van de arbeidsvoorwaarden gebeurt eenzijdig. Eenzijdig hoort dus bij wijziging en niet bij beding. Dat pleit voor een verbindingsstreepje tussen eenzijdige en wijziging als ‘wijziging(s)’ in ‘wijzigingsbeding’ direct verbonden wordt aan ‘beding’.

2 Wet van 14 februari 1998, Stb. 1998, 107, en in werking getreden op 4 maart 1998.

3 Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 20 e.v. (MvT).

wijziging van arbeidsvoorwaardenregelingen worden betrokken, heeft dit in het algemeen geen formele basis, maar vloeit het voort uit vrijwillig overleg, waarbij overigens zowel werknemers als werkgever belang hebben.⁴ Ook de invloed van de individuele werknemer is beperkt, zo merkte de regering op. De individuele werknemer wordt aan wijziging van arbeidsvoorwaarden vaak gehouden door een incorporatiebeding. En in de praktijk worden ook eenzijdige-wijzigingsbedingen benut. De regering achtte deze situatie ongewenst en wilde passende invloed van werknemers bij de vaststelling van arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau waarborgen. Het wetsontwerp beoogt een adequaat niveau van bescherming tegen eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden te bieden, waarbij het uitgangspunt is dat arbeidsvoorwaarden in beginsel niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd. Daarnaast wijst het kabinet op het belang van werkgevers om arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen, voorts op het uitgangspunt dat zo min mogelijk wordt ingegrepen in het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming en arbeidsverhoudingen, en ten slotte dat aansluiting bij voortschrijdende decentralisatie en differentiatie van arbeidsvoorwaardenvorming wordt gezocht.⁵

2.1.2 De betekenis van het ingetrokken lid 2

Het oorspronkelijke wetsontwerp kent een artikel 7:613 BW dat uit twee leden bestond. Het tweede lid bevat de bepaling 'de werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad'. De memorie van toelichting bevat de opmerking dat als de regeling van arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een cao en de werkgever de ongeorganiseerde werknemer door toepassing van een wijzigingsbeding aan die cao wil binden, voldaan is aan het rechtsvermoeden van de zwaarwichtige belangen. Verder wordt opgemerkt dat in de maatstaf 'redelijkheid en billijkheid' het gegeven dat de regeling van arbeidsvoorwaarden juist een cao betreft – met diens grote maatschappelijke betekenis – een belangrijke rol speelt.⁶ Als er een akkoord bestaat tussen OR en ondernemer is evenzeer voldaan aan het rechtsvermoeden. Het kabinet heeft lid 2 ingetrokken, omdat er onzekerheid en onduidelijkheid uit zou zijn voortgevloeid. In de nota naar aanleiding van het verslag⁷ wordt vermeld dat in de praktijk, bij de beoordeling van de vraag of naar redelijkheid en billijkheid een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever mag worden aangebracht, al wordt gekeken of de ondernemer collectief overleg heeft gevoerd over betreffende regeling en dat daarom lid 2 van artikel 7:613 BW kan vervallen. Tot een wettelijk rechtsvermoeden is het dus niet gekomen, maar in de parlementaire geschiedenis komt wel de betekenis van de cao en de ondernemingsovereenkomst tot uiting. Tussen die twee bestaat verschil, hoewel beide 'in collectief overleg' zijn overeengekomen. Dat de afspraken over arbeidsvoorwaarden in een cao belangrijker worden

4 Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21 (MvT).

5 Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3 p. 21 en 22 (MvT).

6 Kamerstukken II 1995/96, 24615 nr. 3, p. 25 (MvT).

7 Kamerstukken II 1996/97, 24615 nr. 9, p. 32.

gevonden dan afspraken met de OR wordt, blijktens de hierboven aangehaalde opmerking (zie noot 6) tijdens de parlementaire behandeling, bevestigd.

2.1.3 Schriftelijk beding

Het eenzijdige-wijzigingsbeding moet schriftelijk worden overeengekomen, maar niet is nodig dat de opname ervan in de individuele arbeidsovereenkomst plaatsvindt.⁸ De Hoge Raad heeft in dit arrest overwogen dat wanneer een eenzijdige-wijzigingsbeding betrekking heeft op wijziging van arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in dezelfde regeling als waarin het eenzijdige-wijzigingsbeding voorkomt, aan de eis van schriftelijkheid is voldaan. De tekst van artikel 7:613 BW stelt in zo'n geval niet de eis dat het eenzijdige-wijzigingsbeding moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst dan wel, wanneer het eenzijdige-wijzigingsbeding niet is vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst, de eis van uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer. Ook leidt de omstandigheid dat in de Tweede Kamer⁹ gesproken is over de noodzaak om een eenzijdige-wijzigingsbeding op te nemen in de individuele arbeidsovereenkomst, uit oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid, volgens de Hoge Raad niet tot de dwingende slotsom dat een eenzijdige-wijzigingsbeding in de individuele arbeidsovereenkomst wordt opgenomen. Immers, met de incorporatie van de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst is voldoende tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid, waarop die passage in de Tweede Kamerstukken doelt. Over de inhoud en de reikwijdte van het beding is geen redelijke twijfel mogelijk. Volgens de Hoge Raad is ook geen extra waarborg voor de toepassing van artikel 7:613 BW vereist. Voldoende bescherming is verdisconteerd in de maatstaf van artikel 7:613 BW (lees: de afweging van het zwaarwichtig belang van de werkgever tegen het geschade belang van de werknemer) en de onderworpenheid van de wijziging van de winstdelingsregeling aan het instemmingsrecht van de centrale ondernemingsraad, in overeenstemming met artikel 27 lid 1 aanhef en onder a WOR. Het is met name de zinsnede over de afwezigheid van enige redelijke twijfel die een zekere relativering betekent van het oordeel van de Hoge Raad dat het eenzijdige-wijzigingsbeding niet in de arbeidsovereenkomst behoeft voor te komen of dat uitdrukkelijke instemming vereist is. Immers, niet in alle gevallen is over de (inhoud en) reikwijdte van het beding geen redelijke twijfel mogelijk. We zullen daar in onderstaande paragrafen over de eenzijdige wijziging van het loon en de Fair Play-uitspraak van de Hoge Raad uit 2019 (par. 2.10.1 en 2.10.2) ook nog verder over uitweiden. Bovendien is het de vraag of, wanneer ondernemingsraad (OR), groepsondernemingsraad (GOR) of centrale ondernemingsraad (COR) geen instemmingsrecht heeft of instemming onthoudt, daardoor de inhoud of reikwijdte van het elders dan in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen eenzijdige-wijzigingsbeding beïnvloed wordt, dan wel dat voldoende is dat deze omstandigheden meewegen in de beoordeling van de zwaarwichtigheid van het belang van de werkgever.

8 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, JAR 2011/108 (*Monsieurs c.s./Wegener*). Zie ook G.W. van der Voet, Een eenzijdige wijzigingsbeding hoeft niet (altijd?) individueel schriftelijk met de werknemer te zijn overeengekomen, AR Updates 5 april 2011.

9 Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 15.

2.1.4 Overgang van onderneming

Het gerechtshof Amsterdam¹⁰ neemt aan dat een eenzijdige-wijzigingsbeding van de vervreemder op de verkrijger kan worden overgedragen in het kader van een overgang van onderneming ingevolge artikel 7:662 e.v. BW.

2.2 Inhoud en samenstelling van ‘een beding’

Artikel 7:613 BW spreekt van ‘een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft’. De vraag die dan allereerst rijst, is wat een beding is. Moet dat een clausule of stipulatie zijn die als zodanig meteen herkenbaar is (voorbeeld: ‘de werkgever behoudt zich het recht voor’ of ‘de werkgever heeft de bevoegdheid om eenzijdig’ enz.), of is er ook een samenstel van bedrijfsregelingen denkbaar die tezamen moeten worden opgevat als een 613-beding?

Dat laatste werd aangenomen in het arrest van het gerechtshof Den Haag¹¹ van 28 april 2020 (*Watertaxi haven Rotterdam*). Gelet op de tekst van de verschillende regelingen die in relatie tot elkaar staan en de brief van 13 november 2008, is volgens het Haagse hof sprake van een zeker voorwaardelijk karakter van de verleende toestemming, in die zin dat het Havenbedrijf zich het recht heeft voorbehouden om de toestemming in te trekken bij gewijzigde omstandigheden. Deze regelingen dienen in onderlinge samenhang te worden gelezen en hebben, gelet op de inhoud daarvan, te gelden als een eenzijdige-wijzigingsbeding. Het hof is dan vervolgens ook van oordeel dat de gegeven toestemming aan de schippers om nevenwerkzaamheden te verrichten ten behoeve van de watertaxi een arbeidsvoorwaarde is.

De vraag of het Havenbedrijf gerechtigd is om de verleende toestemming in te trekken, dient hierdoor te worden beantwoord aan de hand van het toetsingskader van artikel 7:613 BW inzake het eenzijdige-wijzigingsbeding. Tegen de achtergrond van dit toetsingskader is het hof van oordeel dat het Havenbedrijf gerechtigd is om de toestemming voor de nevenwerkzaamheden op de watertaxi in te trekken.

2.3 Incorporatiebeding = eenzijdige-wijzigingsbeding?

Het beding in de individuele arbeidsovereenkomst, waarbij werkgever en werknemer overeenkomen dat zij de, op het moment van het sluiten van de individuele overeenkomst, in hun bedrijfstak geldende cao of ook toekomstige cao's op de arbeidsovereenkomst zullen toepassen, past niet precies in de mal van het eenzijdige-wijzigingsbeding. Dit eenzijdige-wijzigingsbeding is immers een beding tussen werkgever en werknemer waarbij de werkgever zich de bevoegdheid toemeet een arbeidsvoorwaarde eenzijdig te veranderen. Van zo'n eenzijdige bevoegdheid is dus geen sprake meer bij een overeengekomen

¹⁰ Hof Amsterdam 27 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW5151, JAR 2012/126.

¹¹ Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:872 (*Watertaxi haven Rotterdam*).

incorporatiebeding, waaraan beide partijen, de werkgever evenzeer als de werknemer, inhoudelijk gebonden worden door de wijzigingen die cao-partijen zijn overeengekomen. De wel door een incorporatiebeding maar niet door lidmaatschap van een werkgeversvereniging of avv¹² gebonden werkgever zal dus, evenals de niet-gebonden artikel 14-werknemer, aan de wijzigingen in de cao, die voor beiden zowel voordelig als nadelig kunnen uitvallen, gebonden zijn en (onderdelen van) de cao moeten nakomen. Dat wil niet zeggen dat er geen spanning zit in het gemak waarmee een, vaak zonder enig debat tussen werkgever en werknemer, in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding een verslechtering voor de werknemer kan meebrengen.

Dat merkten de leden van de FNV toen zij samen met de leden van het CNV gebonden werden aan de cao die voor de periode 1 april 2011-1 april 2013 was afgesloten met de Vereniging van Grootwinkelbedrijven en Levensmiddelen en Albert Heijn, Lidl, Jumbo en Aldi. De leden van de FNV werden evenwel niet meer gebonden (door dat lidmaatschap van de FNV) aan de enkel met het CNV afgesloten cao voor 2013-2017 en vervolgens de ook alleen met het CNV afgesloten CAO 2017-2019. In deze enkel met het CNV afgesproken cao's was een verslechtering ten opzichte van de eerdere cao afgesproken voor wat betreft de werkzaamheden op bijzondere tijdstippen en de daarvoor betaalde toeslagen. Weggevallen was de extra betaling voor werkzaamheden op maandag tot en met vrijdag tussen 20 uur en 22 uur en zaterdag tussen 18 uur en 22 uur. De individuele arbeidsovereenkomsten, ook van de FNV-leden, kennen een zogenaamde dynamische-incorporatiebeding, inhoudende dat opvolgende cao's op de individuele arbeidsovereenkomsten van toepassing werden verklaard. Zowel in de cao 2013-2017 als in die van 2017-2019 is nawerking uitgesloten, behalve voor bepalingen die gunstiger zijn dan het bepaalde in de cao. Op de vordering van de FNV-leden dat de grootwinkelbedrijven de toeslagen van de oude cao gewoon blijven doorbetalen op grond van nawerking, stelt de kantonrechter in Den Haag¹³ het tweezijdig aangegane incorporatiebeding niet gelijk aan een eenzijdige-wijzigingsbeding, en merkt verder op dat een zwaarwichtig belang ex artikel 7:613 BW in een individueel geval moet worden beoordeeld en niet in een procedure van de FNV tegen de grootwinkelbedrijven.

Tegen de gevolgen van een dynamische-incorporatiebeding op de individuele arbeidsvoorwaarden zal dus door de werknemer anders ten strijde moeten worden getrokken dan wanneer de werkgever een beroep doet op het eenzijdige-wijzigingsbeding. In het laatste geval komt in een rechtsgeschil de zwaarwichtige reden van de werkgever aan de orde, alsmede het belang van de werknemer, dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal moeten wijken voor het zwaarwichtig belang van de werkgever. Bij het incorporatiebeding spelen lastiger vraagstukken, zoals of de bond of bonden die, vaak met name buiten de FNV om, de cao sluiten nog wel representatief zijn, en andere vragen, zoals: betreft de incorporatie de hele op de bedrijfstak (of de onderneming) direct toepasselijke

12 Avv is de afkorting die verwijst naar in het raam van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten plaatsvindende, algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een cao.

13 Rb. Den Haag (ktr.) 29 mei 2019, JAR 2019/154.

cao of slechtst een kers (cherrypicking); is de cao geëindigd; is de wijziging een verrassing en evident onredelijk;¹⁴ en is de verwijzing transparant, in de zin dat elke toekomstige cao aanvaardbaar is geacht?

Wij wijzen nog even op het voorstel van Jansen in zijn dissertatie¹⁵ om het dynamische-incorporatiebeding in de wet te regelen.

2.4 Reikwijdte van het beding

Hierboven (in par. 2.1.3) kwam het arrest van de Hoge Raad inzake *Monsieurs c.s./Wegener*¹⁶ aan de orde. De Hoge Raad benadrukte dat het eenzijdige-wijzigingsbeding slechts zag op in die regeling zelf opgenomen arbeidsvoorwaarden en onder voorwaarde dat wijziging van de winstdelingsregeling is onderworpen aan het instemmingsrecht van de COR. Men mag daarom, zo stellen Bouwens, Duk en Bij de Vaate,¹⁷ uit het arrest niet afleiden dat een in een collectieve regeling opgenomen wijzigingsbeding zich ook kan uitstrekken tot andere dan de in diezelfde regeling opgenomen arbeidsvoorwaarden. Een dergelijke uitleg zou ook te veel afbreuk doen aan het kenbaarheidsvereiste.¹⁸ Wij sluiten ons aan bij deze stellingname en wijzen er bovendien op dat naast de afbreuk aan het kenbaarheidsvereiste, de meer specifieke overweging van de Hoge Raad dat ‘over de inhoud en reikwijdte van het beding geen redelijke twijfel kan bestaan’ van belang is. Dat betekent dat, in het geval er wel redelijke twijfel kan bestaan, onderzoek moet worden gedaan door de rechter naar zowel inhoud als reikwijdte van het beding. Dat kan er in omstandigheden toe leiden dat, hoewel sprake is van een algemeen geformuleerd wijzigingsbeding, toch onvoldoende duidelijk is dat het wijzigingsbeding op een specifieke arbeidsvoorwaarde slaat.

Zo moest de kantonrechter te Utrecht een oordeel vellen over het antwoord op de vraag of een in het in de onderneming geldend Handboek Arbeidsvoorwaarden opgenomen eenzijdige-wijzigingsbeding ook het opnemen van een nieuwe arbeidsvoorwaarde, te weten een andere standplaats, tevens een wijziging van de arbeidsvoorwaarden op basis van dat schriftelijke wijzigingsbeding, inhield. De kantonrechter overwoog dat in het voornoemde handboek wel een wijzigingsbeding is opgenomen, maar geen bepaling omtrent de standplaats van de werknemer. Het wijzigingsbeding ziet niet op een bepaling die niet is opgenomen in het handboek, aldus de kantonrechter. (In de individuele arbeidsovereenkomst was geen standplaats opgenomen.¹⁹)

14 R.A.A. Duk, Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwartdwingend recht, TAP 2010, afl. 4, p. 62-66.

15 N. Jansen, Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 247 e.v.

16 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, JAR 2011/108.

17 W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

18 Bouwens, Duk & Bij de Vaate 2018.

19 Rb. Utrecht (ktr.) 12 juni 2013, 2033872 UV EXPL 13 – 181 JES/4072, AR-Updates.nl 2013-26.

Ook de uitleg van een regeling als een intern bedrijfsreglement kan (dus) tot het oordeel leiden dat daarin wel of niet sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding. Dat ligt in de lijn van het arrest *Monsieurs c.s./Wegener*, waarin sprake was van de uitleg van een winstdelingsregeling. Dat wil nog niet zeggen dat een bedrijfsreglement ofwel bedrijfsregeling niet verschilt van een cao. De betekenis van dat verschil zal hieronder verder worden uitgediept. Het verschil is immers van belang voor de uitkomst van de toepassing van het bepaalde in artikel 7:613 BW.

2.5 Ambtshalve toetsing

De ambtshalve toetsing van een rechtsgrond vindt plaats als de regel van openbare orde is. Indien een partij besluit om geen beroep te doen op een bepaling van dwingend recht, terwijl de openbare orde met zich brengt dat de rechter de desbetreffende bepaling ambtshalve, ongeacht of er al dan niet een beroep op wordt gedaan, moet toepassen, zal de rechtsregel moeten worden toegepast. De ambtshalve toepassing door de rechter vanwege de openbare orde zal op een door de werkgever en de werknemer te sluiten beding zoals het eenzijdige-wijzigingsbeding niet aan de orde zijn. Het staat partijen immers vrij dat beding wel of niet te sluiten. Dat wil niet zeggen dat op een andere grond, te weten artikel 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), de rechter rechtsgronden ambtshalve moet aanvullen. Daarvoor is nodig dat wat partijen in de procedure naar voren hebben gebracht het feitelijke kader stelt.²⁰ In het geval een werkgever zijn vordering in rechte heeft gebaseerd op de instemming door de werknemer, kan de rechter desondanks een wetsbepaling of bepaling van ongeschreven recht (lees: art. 7:613 BW) toepassen.

In een zaak over de eenzijdige wijziging van de provisie van een verzekeringsadviseur overwoog de kantonrechter²¹ dat de werkgever geen beroep had gedaan op het bestaan van een eenzijdige-wijzigingsbeding, maar dat in artikel 3 lid 3 van de arbeidsovereenkomst ‘wel degelijk’ een eenzijdige-wijzigingsbeding is opgenomen. Beslist wordt dat in de beoordeling van de zaak ‘dan ook’ zal worden uitgegaan van het bestaan van een eenzijdige-wijzigingsbeding.

2.6 Eenzijdige-wijzigingsbeding

2.6.1 Eenzijdige-wijzigingsbeding of nadere afspraak over invulling cao

De individuele arbeidsovereenkomst kan, wel of niet naast een eenzijdige-wijzigingsbeding, een bepaling bevatten over wat in een cao is geregeld. Wanneer deze cao een uitvoeringsregeling salariering kent en ook eventuele algemene loonsverhogingen (maar zonder een berekeningswijze), dan kan daarboven een afspraak tussen werkgever en werknemer worden gemaakt over de

²⁰ HR 11 november 1996, NJ 1997/17.

²¹ Rb. Arnhem (ktr.) 6 januari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AV0818, RAR 2006/54.

berekeningswijze van het vaste en/of variabele salaris. De arbeidsovereenkomst kan dan de bepaling bevatten dat partijen nader in overleg zullen treden over de wijze waarop het betreffende salarisdeel in de toekomst zal worden berekend. Dat kan volgens het gerechtshof Amsterdam niet als een schriftelijk eenzijdige-wijzigingsbeding worden opgevat.²²

2.6.2 Bevat de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) een eenzijdige-wijzigingsbeding?

Of in de cao of in de individuele arbeidsovereenkomst een eenzijdige-wijzigingsbeding is opgenomen, is niet altijd op het eerste gezicht meteen duidelijk. Wanneer in de tekst niet met zoveel woorden is bepaald dat de werkgever de bevoegdheid heeft de werknemer die, bijvoorbeeld, onvoldoende functioneert eenzijdig te plaatsen in een lager ingedeelde functie met dienovereenkomstige aanpassing van de arbeidsvoorwaarde(n), dan moet de bepaling nauwkeurig worden uitgelegd. Daarbij is de zogenoemde cao-uitleg aangewezen.

Kort gezegd komt die uitleg hierop neer dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn. Het komt daarbij niet aan op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.²³ Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken.²⁴ Indien de bedoeling van de partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend.²⁵ Ook de uitleg van een sociaal plan dat niet als een cao kan worden aangemerkt, moet geschieden aan de hand van de cao-norm.²⁶

2.6.3 Eenzijdige-wijzigingsbeding eist betrokkenheid OR

Het eenzijdige-wijzigingsbeding van de arbeidsovereenkomst van de werknemers vereist dat de OR wordt betrokken bij een voorgenomen wijziging van een provisieregeling. Dat overleg geldt – zo oordeelt het Haagse gerechtshof²⁷ – als een voorwaarde voor de toepassing in de verhouding tussen de werkgever enerzijds

22 Hof Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1758, RAR 2014/148.

23 Vgl. HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, NJ 2012/142.

24 Vgl. HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376, NJ 2003/110.

25 Vgl. HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366, NJ 2003/111.

26 Vgl. HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5961, NJ 2000/473.

27 Hof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1701, JAR 2016/213.

en de werknemer anderzijds. Dit vereiste kan – zeker voor niet bij het overleg met de vakbond vertegenwoordigde werknemers – niet zonder meer worden vervangen door instemming van de werknemersorganisatie die partij is bij de cao. Het hof oordeelt dat geen sprake is van een bevoegdheid van de werkgever om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen op grond van een eenzijdige-wijzigingsbeding.

Van belang voor het begrip van deze bijzondere casus is dat de buitendienstadviseurs van AMEV in hun individuele arbeidsovereenkomsten een incorporatiebeding kennen dat inhoudt dat de ondernemings-cao en eventuele latere aanpassingen daarop of wijzigingen daarvan op de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. De werkgever heeft met vakbond De Unie een akkoord gesloten over het beloningsbeleid voor de buitendienstmedewerkers. Dit akkoord heeft de status van een cao gekregen. Er zijn dus twee cao's, een eigen ondernemings-cao en een alleen met de vakbond De Unie gesloten cao. Het gerechtshof Den Haag oordeelt, voordat het toekomt aan een oordeel over het eenzijdige-wijzigingsbeding, dat de inhoud van de cao die met De Unie is gesloten niet gerekend kan worden tot de in het incorporatiebeding bedoelde aanvulling of wijzigingen van de AMEV-ondernemings-cao. De veranderingen in de organisatie en de onderbrenging van de buitendienstmedewerkers in een aparte vennootschap dwingen volgens het hof tot de conclusie dat een geheel andere situatie is ontstaan, zodat de cao niet te vereenzelvigen valt met de ondernemings-cao.

Aldus is de situatie ontstaan die het tegenovergestelde vormt van wat zich meestal voordoet. De vakbond werd hier in het voordeel van de OR naar de achtergrond geschoven.

2.6.4 Bewoordingen niet duidelijk

Wanneer de bewoordingen van een ondernemings-cao de – bij wijze van voorbeeld – plaatsing in een lagere functie mogelijk maken, wegens onvoldoende functioneren of op eigen verzoek, dan is daarmee nog niet een eenzijdige-wijzigingsbeding tussen cao-partijen en de werkgever overeengekomen.

De kantonrechter in Breda²⁸ overwoog dat het cao-artikel weliswaar impliceert dat demotie mogelijk is, maar dat als zodanig niet de bevoegdheid daartoe wordt gegeven. Van de werkgever had verwacht mogen worden, wanneer deze de bedoeling had een bevoegdheid tot eenzijdige wijziging op te nemen, om dat expliciet tot uitdrukking te brengen. Ook wees de kantonrechter, ter onderbouwing van zijn oordeel dat het eenzijdige-wijzigingsbeding niet specifiek genoeg was geformuleerd, op artikel 2 lid 8 van de ondernemings-cao, waarin de hoofdregel bevestigd werd dat contractwijzigingen op grond van functie en arbeidsduurwijzigingen de instemming van beide partijen behoeven.

28 Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 30 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:932.

2.6.5 ‘Het recht voorbehoudt ...’

Een enige jaren vóór deze uitspraak gegeven oordeel²⁹ kent dezelfde strekking. De kantonrechter oordeelt dat de werkgever zich weliswaar het recht voorbehoudt de inhoud van een handboek arbeidsvoorwaarden en daarmee de arbeidsovereenkomsten te wijzigen, maar deze bepaling maakt hem niet bevoegd tot de doorgevoerde wijziging van de functie en de daarmee samenhangende verlaging van salaris.

Hoewel bij de vorming van dit oordeel niet gerefereerd wordt aan de cao, moet meegespeeld hebben dat de CAO Metaal en Techniek (slechts) bepaalt dat de werknemer die een functie gaat vervullen die in een lager salarisgroep is ingedeeld, ten minste drie betalingsperioden nog het salaris zal ontvangen dat hij verdiende in de vorige functie.

2.6.6 Zinsnede in bonusregeling

De bonusregeling bevat de bepaling dat een bonus systematisch geheel afhankelijk is van de jaarlijks behaalde netto-outperformance in vergelijking met de vastgestelde benchmarks en dat ook in een minder goed jaar een bonus te behalen is, zolang er netto beter gescoord wordt dan de vastgestelde benchmarks. Maar daarnaast bevat het eind van de regeling de zinsnede: ‘Tweejaarlijks zal de systematiek geëvalueerd worden en zo nodig worden bijgesteld om de systematiek marktconform te houden.’ De werkgever stelt zich op het standpunt dat die laatste volzin als een wijzigingsbeding moet worden gelezen.

Voor wijziging was alle reden – zo voerde de werkgever aan – omdat een bonus niet meer marktconform was, gelet op de economische crisis alsmede op de grote klappen in de grafische sector en in de pensioenwereld. De kantonrechter in Amsterdam is in zijn uitspraak van 18 augustus 2011³⁰ van oordeel dat de bonus alleen op basis van kwantitatieve factoren wordt berekend en dat als er een bepaalde prestatie wordt gehaald, aanspraak ontstaat op een overeenkomstige bonus. Vast staat dat over de totstandkoming van de regeling geruime tijd is overlegd en niet is in de regeling opgenomen dat gedaagde zich een discretionaire bevoegdheid had voorbehouden. Er is geen sprake van een eenzijdige-wijzigingsbeding.

2.7 Een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde

Allereerst: in de tekst van artikel 7:613 BW staat ‘arbeidsvoorwaarde’, in het enkelvoud, en niet ‘arbeidsvoorwaarden’ in het meervoud. Daaraan hoeft niet een speciale waarde of betekenis te worden toegekend. Weliswaar wijst Duk³¹ op

29 Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 3 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:3587.

30 Rb. Amsterdam (ktr.) 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6265, JAR 2011/300.

31 Duk 2010.

het enkelvoud in de hieronder nog te behandelen discussie over de vraag of een incorporatiebeding een eenzijdige-wijzigingsbeding is, maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat met het enkelvoud of de afwezigheid van meervoud iets bedoeld is. Zou de wetgever ‘arbeidsvoorwaarden’, in het meervoud dus, in de wettekst hebben opgenomen, dan zou een discussie hebben kunnen ontstaan over de vraag of ook bij één arbeidsvoorwaarde het bepaalde in artikel 7:613 BW van toepassing is. De omstandigheid dat artikel 7:613 BW vooral van toepassing is op de collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden doet ook geen duit in het zakje, omdat ook bij een collectieve wijziging van één arbeidsvoorwaarde het bepaalde in artikel 7:613 BW gewoon van toepassing is.

Het onderscheid tussen primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden, dat wel van belang is bij de bepaling van de inhoud van artikel 27 WOR, speelt bij de invulling van het begrip arbeidsvoorwaarden in artikel 7:613 BW geen rol. Zowel de vaak zo genoemde primaire arbeidsvoorwaarden, zoals loon, vakantie en arbeidsduur, als ook secundaire arbeidsvoorwaarden, waaronder arbeidstijden, roosters, functiewaardering en scholing, spelen een rol bij de toepassing van artikel 7:613 BW. Er hoeft geen sprake te zijn van terughoudendheid bij het wijzigen van primaire arbeidsvoorwaarden, mits de weging van zwaarwichtige redenen enerzijds en het belang van de werknemer dat moet wijken anderzijds verantwoord plaatsvindt. Daarin kan de omstandigheid van belang zijn dat de eenzijdige wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde wordt voorgesteld, omdat de werkgever een recentelijk met een of meer vakbonden tot stand gekomen cao wil toepassen op alle werknemers. Een van de doelstellingen van de invoering van artikel 7:613 BW is immers de houding van de werkgever ten opzichte van zogenoemde artikel 14-werknemers (zie art. 14 Wet CAO) te verduidelijken. In de jurisprudentie is geen – voor het antwoord op de vraag of aan de kwalificatie ‘primaire, secundaire en tertiaire’ betekenis toekomt – fundamenteel onderscheid tussen primaire, secundaire en nog verdere (tertiaire) arbeidsvoorwaarden waar te nemen. In zoverre verschilt de betekenis van het woord ‘arbeidsvoorwaarde’ (en vooral van de aard van de voorwaarden) in artikel 7:613 BW van die in artikel 27 WOR. Daarin is het onderscheid wel van belang, omdat daar het vraagstuk van de afbakening van bevoegdheden tussen OR en vakbond van groot belang is en de OR geen wettelijk instemmingsrecht toekomt op primaire arbeidsvoorwaarden (lees: loon).

Uit de schaarse gegevens in de parlementaire behandeling van artikel 7:613 BW kan wel worden opgemaakt dat de wetgever zelfs een onkostenregeling als arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:613 BW zag. De onkostenregeling passeert in het kader van de opmerking van de minister dat als er geen cao van toepassing is en ook geen OR is ingesteld, en er over de arbeidsvoorwaarden geen countervailing power aan werknemerszijde is, de werkgever slechts gebruik kan maken van het wijzigingsbeding als hij aantoont dat er sprake is van een zwaarwichtig belang.³² Gezien het uitgangspunt dat arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd, zal het daarbij in het algemeen moeten gaan om zwaarwegende bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische omstandigheden die tot wijziging van arbeidsvoorwaarden noodzakelijk zijn. Te denken valt, zo

32 Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 31 (NV).

schrijft de minister, aan de situatie dat de werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert en dat het niet kunnen wijzigen van een onkostenregeling dan onder omstandigheden voor de werkgever in redelijkheid niet aanvaardbaar zou zijn.³³

Dat een onkostenregeling al onder arbeidsvoorwaarden valt, beduidt dat het begrip arbeidsvoorwaarde in artikel 7:613 BW kennelijk breed kan worden gezien.³⁴

Dat is ook de mening van Bouwens, Duk en Bij de Vaate. Het begrip ‘arbeidsvoorwaarde’ in artikel 7:613 BW ziet naar hun mening op alle afspraken die door werkgever en werknemer in het kader van de arbeidsovereenkomst worden gemaakt. Het omvat dus ook de functie, de arbeidsduur en een overeengekomen ontslagvergoeding. Het ligt niet in de rede het begrip beperkter uit te leggen. Artikel 7:613 BW is een bepaling die de werknemer in zoverre beschermt dat zij de schriftelijke vorm voorschrijft en nadere voorwaarden stelt aan de uitoefening van de overeengekomen wijzigingsbevoegdheid.

Is geen sprake van een ‘arbeidsvoorwaarde’ in de zin van artikel 7:613 BW, dan heeft dat volgens Bouwens, Duk en Bij de Vaate tot gevolg dat de werkgever voor een wijziging geen zwaarwichtig belang hoeft te hebben en dat de werknemer de uitoefening van de op een wijzigingsbeding gebaseerde bevoegdheid, voor zover het de niet onder het begrip begrepen rechten en verplichtingen betreft, slechts kan bestrijden met een beroep op misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

Er is nog een argument waarom het begrip ‘arbeidsvoorwaarde’ in artikel 7:613 BW breed moet worden opgevat. In het arrest *Stoof/Mammoet* uit 2008³⁵ heeft de Hoge Raad het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ (meervoud) in het kader van artikel 7:611 BW een aantal malen gebruikt. De Hoge Raad bezigt ook nog het begrip ‘omstandigheden op het werk’, dat al voorkomt in het *Taxi Hofman*-arrest uit 1998. De Hoge Raad maakt geen, in elk geval niet zichtbaar, verschil tussen beide.³⁶ Omstandigheden op het werk moeten kennelijk worden opgevat als een containerbegrip waar vrijwel alles onder valt. Dat betekent dat alleen de afbakening tussen arbeidsvoorwaarde en wat de werkgever geoorloofd mag doen in het kader van de gezagsrelatie (instructierecht ofwel directierecht) nog voor een afbakening in aanmerking komt.

33 Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 30 (NV).

34 Onder arbeidsvoorwaarden vallen ook arbeidsomstandigheden, zoals wordt weergegeven in art. 27 lid 1 aanhef en onder d WOR. Zie ook W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden*, ArA 2006, afl. 3, p. 8 en J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 36), Deventer: Kluwer 2008, p. 98.

35 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204.

36 Zie hierover ook de bijdrage van Leopold Holtus in hoofdstuk 1.

2.8 Wijzigen

Het begrip ‘wijzigen’ kan breed worden opgevat, in die zin dat ook geringe wijzigingen veranderingen van de arbeidsovereenkomst kunnen inhouden, maar wijzigingen kunnen ook veelomvattend zijn. Hieronder zullen wij nog ingaan op de opvatting van de Hoge Raad dat een substantiële wijziging van de arbeidsduur een zodanige wijziging van de arbeidsovereenkomst is dat zij kan worden gelijkgesteld met een opzegging van de arbeidsovereenkomst, waaruit dientengevolge – het recht op het verkrijgen van een transitievergoeding kan voortspuiten.

Het is de vraag of een wijziging ook kan worden geconstrueerd als een feitelijke wijziging, ten gevolge waarvan een opzegging, negen dagen nadat de werknemer de AOW-leeftijd heeft bereikt, en aansluitend een gewijzigde arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, niet kan worden gezien als een daadwerkelijke opzegging.

De werkgever vergeet om op tijd de bepaling in de cao toe te passen dat de dienstbetrekking voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt bij de eerste dag waarop de AOW ingaat. De werkgever zegt negen dagen nadat de werknemer de AOW-leeftijd heeft bereikt op, maar de arbeidsovereenkomst loopt daarna nog ruim een halfjaar door. Dan zegt de werkgever (weer) op. De werknemer verzoekt vernietiging van de opzegging. De werkgever voert aan dat de opzegging van een halfjaar eerder geen echte opzegging was. De kantonrechter³⁷ oordeelt dat de arbeidsverhouding stilzwijgend is voortgezet en dat de werknemer dat heeft aanvaard, zodat een arbeidsovereenkomst met nieuwe arbeidsvoorwaarden tot stand is gekomen.

In een enkele cao of bedrijfsregeling³⁸ komt het zogenoemde flexibele werken (ook wel ‘het nieuwe werken’ genoemd) voor. Dat houdt bijvoorbeeld in dat er een flexibele begin- en eindtijd van een werkdag bestaan, dat er meer thuis gewerkt wordt en telewerk plaatsvindt, dat de werkweek wordt gecomprimeerd, dat er jaarurencontracten worden gesloten, dat er sprake kan zijn van een gereduceerde werkdag of dat een schooltijdcontract wordt gesloten, dat er parttime wordt gewerkt en er duobanen ontstaan. Uit de afspraken in de cao zal moeten blijken dat van de werknemer wordt geëist dat hij zich flexibel opstelt. Dat betekent in onze ogen niet dat er dan geen sprake is van een wijziging van de arbeidstijden.³⁹ Wel kan de omstandigheid dat het flexibel werken in de cao is geregeld betekenen dat er, in het geval de werknemer zich op een al jaren bestaand vast patroon beroept, een zwaarwichtig belang vermoed wordt.

De instemming die door de ondernemer aan de OR ingevolge het bepaalde in artikel 27 WOR moet worden gevraagd bij bijvoorbeeld de wijziging van een functie- of beloningssysteem vormt vaak het voorportaal voor de individuele werknemer en de individuele werkgever om in de individuele arbeidscontracten de wijziging

37 Rb. Noord-Holland (ktr.) 26 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8738, JAR 2019/283.

38 CAR-UWO (CAO Gemeenten 2011-2012); Reglement flexibele werktijden Damen Shipyard Den Helder/Texel; Cao voor de Handel in Bouwmaterialen.

39 Rb. Leeuwarden (ktr.) 5 april 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AW0065, JAR 2006/109.

te doen plaatsvinden. Soms wordt evenwel, tot verrassing van de OR, geoordeeld dat geen sprake is van een wijziging.

Dat overkwam de COR van de gemeente Amsterdam⁴⁰ in een geschil met de ondernemer over de nieuwe rechtspositieregeling waarin een methode rangordenen inconveniënten (MRI) was opgenomen. Deze methode gaf recht op een inconveniëntentoeslag vanwege onder bezwarende omstandigheden door de werkgever te verrichten werkzaamheden. De kantonrechter oordeelde dat er geen sprake was van een wijziging, omdat de gemeente Amsterdam een driejaarlijkse herwaardering van de MRI niet had uitgevoerd, waardoor de vergoeding uitbetaald is blijven worden, terwijl de omstandigheden waaronder de functie werd uitgevoerd al lang waren gewijzigd. Ze waren minder bezwarend geworden door diverse arbomaatregelen, roosterinvoeringen en wijzigingen in de functiewerkzaamheden. De kantonrechter concludeerde dat er geen sprake was van een wijziging van een functie- of beloningssysteem als bedoeld in artikel 27 lid 1 onder c WOR.

2.9 Arbeidsvoorwaarde

Door de Hoge Raad is het begrip ‘arbeidsvoorwaarde’ opgerekt. Dat klinkt op het eerste gezicht merkwaardig, nu ‘arbeidsvoorwaarde’ immers voorkomt in de wettelijke omschrijving (art. 7:613 BW) en van oprekking geen sprake hoeft te zijn. Maar in het hierboven (hoofdstuk 1 van Leopold Holtus, par. 1.10 en par. 1.12) al besproken arrest *Stooff/Mammoet* is het woord ‘arbeidsvoorwaarden’ ook een terugkerend aantal keren gebruikt en niet voldoende afgebakend ten opzichte van ‘andere omstandigheden op het werk’. Dat betekent dat wij in het onderstaande een aantal onderwerpen, zoals harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, modernisering van arbeidsvoorwaarden en concrete onderwerpen als CO₂-uitstoot en nevenwerkzaamheden, de revue laten passeren om te beoordelen of het arbeidsvoorwaarden zijn en meteen ook de zwaarwichtigheid van het belang (in de zin van art. 7:613 BW) of de gerechtvaardigde aanleiding (in de zin van *Stooff/Mammoet*) te bespreken.

2.9.1 Harmonisatie

Het gelijktrekken van verschillende arbeidsvoorwaarden in één onderneming is regelmatig onderwerp van discussie. Is harmonisatie van arbeidsvoorwaarden een zwaarwichtig belang in de zin van artikel 7:613 BW en/of in de zin van *Stooff/Mammoet*? De meningen zijn verdeeld. Oordeelde het gerechtshof in Amsterdam nog dat een computersysteem het vrij eenvoudig maakt om te harmoniseren, soms is ook een uitgebreidere afweging nodig en mogelijk. Zo lijkt het uit te maken wat voor soort arbeidsvoorwaarden geharmoniseerd moeten worden.

Gaat het om de verdeling van de premie voor pensioen, waarbij werknemers de helft van de premie moeten betalen terwijl bij de oude werkgever slechts een derde behoefde te worden betaald, dan kan de harmonisatie een zwaarwichtig

40 Rb. Amsterdam (ktr.) 28 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3128.

belang zijn, maar moet zij worden afgewogen tegen de inkomensachteruitgang voor de werknemers tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Gelet op de ingrijpendheid van de regeling had van de werkgever een compensatie mogen worden verwacht.

Maar de harmonisatie van een beloningsregeling voor de nachtdiensten kreeg het voordeel van de twijfel. Voornaamste argument voor een kantonrechter om een zwaarwichtig belang aanwezig te achten vormt de omstandigheid dat zowel de OR als de vakbonden hebben ingestemd met de invoering van een algemene nachtdiensttoeslag, na een door de werkgever met OR en vakbonden zorgvuldig, uitgebreid en langdurig gevoerd onderhandelingstraject.⁴¹

Ook de kantonrechter in Arnhem⁴² is van oordeel dat, naast de in de parlementaire geschiedenis genoemde bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden, de wens om te komen tot een uniforme collectieve regeling een zwaarwichtig belang kan zijn. In de – na de fusie van RVS en Victoria-Vesta – gecombineerde buitendienst van een verzekeringsmaatschappij zijn twee verschillende beloningsregelingen van kracht. Volgens de kantonrechter heeft de werknemer niet aangetoond dat hij er door de invoering van de regeling op achteruit is gegaan. Daardoor is hij niet in zijn belangen geschaad.

Daar staat weer tegenover de uitspraak van het gerechtshof in Amsterdam, dat een harmonisatie geen zwaarwegend belang is.⁴³

Ook de rechtbank te Assen⁴⁴ oordeelde dat een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden in combinatie met een verliesgevende meldkamer van een ambulancebedrijf niet als een zodanig zwaarwichtig belang is aan te merken dat het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken. De aanwezigheid van een sociaal plan tezamen met de gevolgen voor de werknemer in de vorm van een zeer substantiële vermindering van het salaris stond daaraan in de weg.

De uitspraak van de kantonrechter in Haarlem over de nachtarbeidtoeslag roept vragen op. Kan een zwaarwichtig belang gelegen zijn in de wijze waarop de werkgever samen met vakbonden en OR en wellicht ook een groot aantal instemmende werknemers heeft onderhandeld, waarbij het onderhandelingstraject langdurig is geweest en uitgebreid, en ook zorgvuldig? De wetgever lijkt met het ingetrokken lid 2 van artikel 7:613 BW die weg inderdaad te zijn ingeslagen. Maar toch moet ook weer goed worden opgelet of de vakbonden hun onderhandelingsresultaat via een cao hebben bereikt (en dat daar ook wellicht de voor de vakbond geëigende strijdmiddelen aan te pas zijn gekomen), dan wel dat met vakbonden en de OR of alleen met de OR langdurig en uitgebreid gepraat is. Uiteindelijk moet voor het goed in acht nemen van het belang van de werknemer, dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 7:613 BW), dan wel dat een voornemen redelijkerwijs van hem gevergd kan worden (*StooffMammoet*), ook een meer inhoudelijk oordeel over de te wijzigen arbeidsvoorwaarde worden meegewogen.

41 Rb. Noord-Holland (ktr.) 6 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10420, JAR 2014/45.

42 Rb. Arnhem (ktr.) 6 januari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AV0818, RAR 2006/54.

43 Hof Amsterdam 15 april 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AR2596, JAR 2004/219.

44 Rb. Assen 30 oktober 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ1349, RAR 2007/20.

2.9.2 Voorkomen CO₂-uitstoot en verantwoord ondernemen

Het staat de werkgever vrij om meer algemene belangen zoals het voorkomen van uitstoot van te veel CO₂ en ook een appel op verantwoord ondernemen op te voeren als zwaarwichtige argumenten. Het voorkomen van CO₂-uitstoot kan een argument zijn in het kader van het terugdringen van het gebruik van lease-auto's, maar zo'n algemeen, in plaats van een specifiek op de onderneming toegesneden, argument loopt het risico te sneven bij de belangenafweging. Daartegenover staat het belang van de werknemer(s) bij handhaving van het autoleasereglement. Daarbij kan natuurlijk een rol spelen dat de werknemer de voordelen uit het autoleasereglement al (vele) jaren heeft genoten en of hij ook privé de auto heeft mogen gebruiken.

De wens van de Rabobank Utrechtse Heuvelrug om de autoleaseregeling aan te laten sluiten bij de landelijke autoleaseregeling van Rabobank is op zichzelf een gerechtvaardigde wens, maar geen zwaarwichtig belang. Het aansluiten bij een landelijk beleid kan geleidelijk geschieden door vanaf een moment in alle nieuwe arbeidsovereenkomsten alleen nog maar het landelijk beleid te volgen. Algemene belangen als het terugdringen van CO₂-uitstoot en maatschappelijk verantwoord ondernemen zijn in de ogen van de kantonrechter achtenswaardig, maar anders dan bijvoorbeeld een dringende financiële noodzaak niet een zodanig zwaarwichtig belang dat de belangen van de werknemers die sinds jaar en dag een leaseauto ook privé hebben mogen gebruiken daarvoor moeten wijken.⁴⁵

2.9.3 Modernisering van arbeidsverhoudingen

In het raam van een door de werkgever voorgenomen wijziging van de jubileumuitkering, die wij hieronder bij het onderwerp 'loon en afgeleide loonvormen' zullen bespreken, voert de werkgever in zijn algemeenheid aan dat een modernisering van de arbeidsvoorwaarde gewenst is.

De door de werkgever aangevoerde aanleiding voor de door hem beoogde afschaffing van de jubileumuitkering is geplaatst in de sleutel van de door de werkgever en de vakbonden beoogde modernisering van de arbeidsvoorwaarden. De werkgever stelt dat de bonden hem hebben gevraagd om meer te investeren in de interne en externe arbeidsmarktpositie van de medewerkers, dat de werkgever heeft aangegeven dat het employabilitybudget, dat daartoe dient, alleen beschikbaar kon worden gesteld als de jubileumuitkering zou vervallen, dat er een ruime overgangstermijn heeft gegolden, dat het zonde was om geld te reserveren voor een uitkering waarop de aanspraak voor werknemers geheel niet zeker is, althans dat het belang van de aanspraak per werknemer verschilt, dat de jubileumuitkering voor werknemers een arbeidsvoorwaarde van relatief ondergeschikt belang is, en dat de werkgever de aanspraken van de werknemers in geval van een jubileum niet geheel heeft afgeschaft. Het gerechtshof Amsterdam is niet overtuigd.⁴⁶

45 Rb. Utrecht (ktr.) 12 oktober 2011, 735051 UC EXPL 11-1866.

46 Hof Amsterdam 22 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:178, JAR 2019/53.

2.9.4 Nieuwe wetgeving

Op het eerste gezicht lijkt nieuwe wetgeving die de werkgever dwingt om een verandering door te voeren in de arbeidsvoorwaarden, een zwaarwichtige reden. Nieuwe wetgeving komt met name voor op het gebied van pensioenen,⁴⁷ maar ook de Zorgverzekeringswet (Zvw)⁴⁸ veroorzaakte zaken bij de rechter.⁴⁹ Toch is niet altijd de enkele invoering van de wet een voldoende zwaarwichtig belang. Indien er immers rekening mee wordt gehouden dat artikel 7:613 BW spreekt over het ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ moeten wijken van het belang van de werknemer en het arrest *Stoof/Mammoet* helemaal geplaast is in het kader van een bijzonder goed werkgeverschap, dan kunnen ook het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel een rol spelen bij de invulling van het zwaarwichtig belang (ex art. 7:613 BW), alsook de gerechtvaardigde aanleiding in de zin van het in het kader van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) geplaatste arrest *Stoof/Mammoet*. Dat betekent dat indien de veranderingen ten gevolge van wetgeving op een bepaalde wijze in de onderneming ten uitvoer kunnen worden gebracht en er alternatieven zijn, deze ook door de werkgever moeten worden afgewogen en aan de werknemer kenbaar worden gemaakt.

2.9.4.1 Overheid als voorwaardenstellende subsidiegever

Stel dat een nationale vliegtuigmaatschappij, bij wijze van voorbeeld de KLM, van de centrale overheid vanwege een pandemie enkele miljarden euro's aan subsidie krijgt en de overheid daarbij als voorwaarde stelt dat de bij KLM werkzame piloten 20% van hun salaris moeten inleveren.⁵⁰ Vormen de pandemie en de overheidssubsidie, voorzien van de gestelde voorwaarden, dan een zwaarwichtige reden?

We wijzen allereerst op de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU van 15 oktober 2015 inzake *Iglesias Gutiérrez/Bankia*.⁵¹ De kwestie betrof de hoogte van de vergoeding voor werknemers die collectief ontslagen werden. De centrale Spaanse overheid had maatregelen tot financiële ondersteuning van Bankia (ook wel BFA-groep) genomen, maar ook zichzelf gedragsbeperkingen opgelegd. De centrale overheid had toegezegd te zorgen voor een efficiënter gebruik van overheidsmiddelen, die zelfs zouden kunnen resulteren in nieuwe wetgeving. Het Hof van Justitie (HvJ) vond dat de maatregelen door de beugel konden.

De Europese Commissie was tot de bevinding gekomen dat de aangemelde maatregelen steun in de zin van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vormden. Desondanks moesten de maatregelen, gelet op de door het Koninkrijk Spanje aangegane verbintenissen, worden beschouwd als verenigbaar met de interne markt op grond van artikel 107

47 Bijvoorbeeld art. 27 lid 1 onder a WOR met ingang van 1 oktober 2016; zie ook R.C. van Waveren & M.C. Kuin, *Evaluatie van de wet pensioencommunicatie (i.w.tr. 1 juli 2015)*, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 2020/24.

48 Zie Ribca van Wijngaarden in hoofdstuk 3 over (ge)pensio(en)eerden en de Zvw.

49 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:163, PJ 2015/79; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1214, PJ 2014/52.

50 Uit P.F. van der Heijden, *Staatshulp en loonsverlaging*, NJB 2020, p. 2049, kan worden opgemaakt dat het gaat om een staffel die oploopt tot 20% (voor de piloten).

51 HvJ EU 25 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:691.

lid 3 onder b VWEU. Bij haar beoordeling van de verenigbaarheid van de aangeelde maatregelen heeft de Commissie verwezen naar een aantal verbintenissen van het Koninkrijk Spanje. In punt 215 van het besluit betreffende de herstructurering van de BFA-groep merkt zij met name op:

‘Naast verregaande structurele maatregelen heeft het Koninkrijk Spanje zich ook aanvullende gedragsbeperkingen opgelegd tot en met december 2017, het einde van de herstructureringsperiode (...), en zal, in casu, erop toezien dat de BFA-groep: (i) (...) de ter zake van de lonen en vergoedingen geldende reglementering naleeft, inzonderheid de bepalingen betreffende de in kredietinstellingen toepasselijke loongrenzen, alsook de beperkingen als gevolg van het feit dat een entiteit of groep onder zeggenschap van de regering staat (...) De regering heeft tevens toegezegd om, wat vergoedingen en lonen betreft, te zorgen voor een efficiënter gebruik van de overheidsmiddelen, overeenkomstig de beginselen waarop koninklijk wetsdecreet 24/2012 is gebaseerd. Zij zal dus erop toezien dat de herstructurering zeer strikt gebeurt, zodat de ontslagvergoedingen in de buurt van het wettelijke minimumvereiste liggen, maar toch enige flexibiliteit mogelijk is om te voorkomen dat het proces vertraagt; indien nodig zal zij ook overwegen voorstellen tot vermindering van de algemene kosten en de personeelskosten te doen als de resultatenrekening ongunstig evolueert. De door het Koninkrijk Spanje voorgestelde verbintenissen zijn neergelegd in een bestek.

Op 8 februari 2013 is Bankia in het kader van de afslanking van haar activiteiten ter uitvoering van het herstructureringsplan gekomen tot een overeenkomst met de vakbonden, die 97,86% van de werknemers vertegenwoordigden. In deze overeenkomst was bepaald dat vóór 31 december 2015 vijfenveertighonderd (4.500) arbeidsplaatsen zouden verdwijnen onder de daarin gestelde economische voorwaarden. Met name bij ontslag zou volgens deze overeenkomst een vergoeding worden uitbetaald die gemiddeld 30 dagen loon per dienstjaar zou bedragen. De werknemers onder wie Iglesias Gutiérrez zijn op 25 oktober 2013 respectievelijk 21 november 2013 ervan op de hoogte gebracht dat hun arbeidsovereenkomst op 12 november 2013 respectievelijk 10 december 2013 zou worden opgezegd en hun een vergoeding zou worden betaald waarvan het bedrag zou worden berekend volgens de in de overeenkomst van 8 februari 2013 bepaalde methode. Iglesias Gutiérrez heeft bij de Juzgado de lo Social no 2 te Terrassa beroep ingesteld tot vaststelling dat zijn ontslag kennelijk onredelijk was en dat de in dat geval toepasselijke wettelijke maximumvergoeding moest worden uitbetaald, te weten een vergoeding tussen 33 en 45 dagen loon per dienstjaar.

Het HvJ herformuleerde de vragen van de Spaanse rechter: “Derhalve dienen de prejudiciële vragen aldus te worden opgevat dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of het besluit betreffende de herstructurering van de BFA-groep en de artikelen 107 VWEU en 108 VWEU, waarop dat besluit steunt, zich ertegen verzetten dat in een geding betreffende een collectief ontslag dat binnen de werkingssfeer van dat besluit valt, toepassing wordt gemaakt van een nationale regeling die het bedrag van de aan een werknemer in geval van kennelijk onredelijk ontslag verschuldigde vergoedingen vaststelt op een som boven het wettelijke minimum” (r.o. 23)

Het HvJ oordeelde dat de betrokken lidstaat die overeenkomstig artikel 25 van verordening nr. 659/1999 de adressaat van het besluit is, moet nagaan of hij de in de machtiging opgenomen verbintenissen zal kunnen naleven. Daarbij moet hij

zich met name ervan vergewissen dat deze verbintenissen in overeenstemming zijn met zijn nationale wetgeving en in voorkomend geval oordelen of overeenkomstig zijn grondwettelijke procedures een aanpassing van deze wetgeving in overweging moet worden genomen. (r.o. 29)'

Ook de Nederlandse overheid kan derhalve worden geconfronteerd met de voorwaarden van het HvJ of de in twee in de machtiging opgenomen verbintenissen door Spanje kunnen worden nageleefd. Stel dat de Nederlandse centrale overheid, eigenaar van 15% van de aandelen in KLM, in kort of langer bestek uitwerkte voorwaarden aan de € 3,4 miljard subsidie zou hebben verbonden, zal zij zich net als Spanje dus in de eerste plaats ervan moeten vergewissen of de maatregelen in overeenstemming zijn met nationale wetgeving en verder of wellicht aanpassingen via de wet nodig zijn. Worden deze voorwaarden geprojecteerd op de Nederlandse situatie, dan kan een verlaging van 20% van het salaris van de, niet-accorderende, piloten niet zonder een rechterlijke toets en zal dus, met inachtneming van de artikelen 7:613 en wellicht 7:611 BW beoordeeld moeten worden, onder consideratie van hetgeen we hieronder in paragraaf 2.10 bespreken, of sprake is van een zwaarwichtige reden om de lonen te verlagen. En vervolgens is de tweede vraag of de overheid kans ziet het bepaalde in artikel 7:613 en 7:611 BW in de vorm van wetgeving te wijzigen. Dat zou een voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen verregaande stap zijn.⁵²

De tweede vraag luidt of er ook nationale, Nederlandse, rechtspraak is met een oordeel over de zwaarwichtige reden bij staatssteun. Wellicht kan tot voorbeeld het oordeel dienen van het gerechtshof in Arnhem ter zake van de betaling van variabele beloning na de nationalisatie van SNS-bank. In die kwestie, die ging over de mate van betaling van variabele beloning, kwam concreet het bepaalde in artikel 7:613 BW aan de orde. De zaak loopt met een sisser af omdat, volgens het hof, onvoldoende is aangetoond dat de uitbetaling van de variabele beloning niet zou stroken met een tijdige terugbetaling van de ontvangen overheidssteun, of dat zij de soliditeit van het toetsingsvermogen, de solvabiliteitsmarge of het eigen vermogen ernstig zou aantasten. Ook het argument van de reputatieschade kwam bijgevolg niet uit de verf.

Op 1 februari 2013 is SNS Reaal genationaliseerd. Een kleine drie weken later (18 februari 2013) deelde de Raad van Bestuur aan de bonden het voorgenomen besluit mee om 'de uitkeringen uit hoofde van alle regelingen variabele beloning' over 2012 (te weten die voor de Raad van Bestuur en het senior management, voor SNS Securities, voor SNS Asset Management en voor de buitendienst REAAL en Zwitserleven) 'op nul euro [te] zetten'. Tot neerwaartse bijstelling van de variabele beloning naar nihil heeft SNS Reaal besloten, omdat '[p]er 29 januari 2013 (...) door Group Finance [is] getoetst of SNS Reaal voldoet aan de op dat moment geldende randvoorwaardelijke criteria' en 'SNS REAAL (...) op dat moment niet aan de gestelde criteria [voldeed]'. De geldende randvoorwaardelijke criteria staan voor de buitendienstmedewerkers omschreven in artikel 13.4 onder 1 tot en met 3 van het Reglement VB. De Raad van Bestuur schreef verder:

52 Van der Heijden 2020 bespreekt de hulp aan KLM vanuit de ILO-Verdragen 87 en 98. Hij schrijft: 'De hulp aan KLM moet in speciale noodwetgeving een grondslag krijgen (...).'

‘De controleafdelingen stellen gezamenlijk vast dat SNS REAAL zowel zonder als met nationalisatie niet had kunnen voldoen aan de randvoorwaardelijke criteria. Daar komt bij dat zij het onverantwoord en onwenselijk achten om tot uitbetaling van variabele beloning over te gaan, nu de nationalisatie heeft plaatsgevonden. Ook de maatschappelijke discussies hieromtrent maken uitbetaling van variabele beloning over 2012 onaanvaardbaar, gegeven de reputationele gevolgen die dat zal hebben.’

En voorts:

‘In het reglement variabele beloning buitendienst REAAL en Zwitserleven is expliciet opgenomen dat de RvB bevoegd is tot neerwaartse bijstelling in geval de variabele beloning niet te verenigen is met de toestand waarin de werkgever zich bevindt. Wij zijn van mening dat het niet uitoefenen van deze bevoegdheid in de huidige situatie een onverantwoord besluit zou zijn.’

Aan het slot van de notitie deed de Raad van Bestuur ‘een dringend beroep op de vakbonden om akkoord te gaan met het voorgenomen besluit om de variabele beloning voor de Buitendienst Reaal en Zwitserleven over 2012 vast te stellen op nul euro’.

De bonden hebben SNS Reaal laten weten daarmee niet in te stemmen. De bonden hebben gevorderd dat SNS Reaal zou worden veroordeeld om aan de medewerkers, op wie het Reglement VB van toepassing is, de volledige variabele beloning over 2012 te voldoen. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis van 5 maart 2014 de vorderingen van de bonden grotendeels toegewezen. Het hof oordeelt:

‘Het op artikel 7:613 BW gebaseerde verweer gaat niet op. SNS Reaal voert aan dat zij met het beroep op de eenzijdige wijzigingsbedingen niets meer of anders heeft gedaan dan het vereiste van artikel 13.4 lid 3 Reglement VB terzijde te schuiven/te wijzigen. Het voeren van overleg met de bonden is evenwel niet aan de orde. Ten aanzien van het beroep op het gestelde in artikel 13.4 onder 1 werd reeds overwogen dat hierin een algeheel verbod om bij staatssteun variabele beloningen uit te betalen, niet kan worden gelezen. Dat de uitbetaling niet zou stroken met een tijdige terugbetaling van de ontvangen overheidssteun of de soliditeit van het toetsingsvermogen, de solvabiliteitsmarge of het eigen vermogen ernstig zou aantasten, is onvoldoende aangetoond. Dat sprake is van een (ander) zodanig zwaarwichtig belang van SNS Reaal dat zij mocht besluiten om niet tot uitkering van de variabele beloningen over te gaan, is niet gesteld of gebleken.’

Zoals we hieronder in paragraaf 2.10 zullen zien, is de kans groot dat tegenover de reputatieschade als zwaarwichtig belang het grotere belang van de werknemers komt te staan om verschoond te blijven van de inlevering van 20% van hun salaris. De werknemers zullen er evenwel rekening mee moeten houden dat de coronaperiode een zodanige financiële crisis lijkt te veroorzaken dat hoge salariskosten de weg terug naar een gezond bedrijf substantieel in de weg staan.

2.9.5 Nevenwerkzaamheden

Niet het tussen werkgever en werknemer gesloten beding over de geoorloofdheid van nevenwerkzaamheden en ook niet het vaak in een dergelijk beding opgenomen vereiste van toestemming vooraf van de werkgever, maar de intrekking van een gegeven toestemming voor nevenwerkzaamheden kan leiden tot een debat over de wijze waarop zo'n intrekking moet worden gekwalificeerd.

Een gegeven toestemming aan schippers om nevenwerkzaamheden te verrichten ten behoeve van de watertaxi is volgens het Haagse gerechtshof een arbeidsvoorwaarde.⁵³ De intrekking daarvan wordt vervolgens bezien vanuit de verscheidene bedrijfsregelingen die in relatie tot elkaar staan en een zeker voorwaardelijk karakter inhouden van de verleende toestemming, in die zin dat het Havenbedrijf zich het recht heeft voorbehouden om de toestemming in te trekken bij gewijzigde omstandigheden. Deze regelingen dienen in onderlinge samenhang te worden gelezen en hebben gelet op de inhoud daarvan te gelden als een eenzijdige-wijzigingsbeding.

2.9.6 Severance-policy en deferral-beleid

Een door de werkgever gevoerde *severance*-policy en een *deferral*-beleid met betrekking tot ontslagvergoedingen kunnen, volgens het gerechtshof Amsterdam (als nevenvestigingsplaats van gerechtshof Arnhem), als ongeschreven beleidsregel onder omstandigheden van het geval niet tot een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:613 BW worden gerekend, maar wel tot een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:611 BW, omdat het een van de totale arbeidsrechtelijke relatie tussen partijen uitmakende toezegging tot toepassing van een ongeschreven (beleids)regel vormt, die de wederzijdse rechten en verplichtingen vastlegt.⁵⁴

2.10 Het gewicht en de zwaarte van arbeidsvoorwaarden

2.10.1 Zwaarwichtigheid en zwaarte van de arbeidsvoorwaarde(n)

De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Fair Play*⁵⁵ maakt in onze ogen duidelijk dat een zeker verschil kan bestaan in de zwaarte van de arbeidsvoorwaarden. In de *Fair Play*-kwestie ging het weliswaar om de wijziging van de premielasten in een pensioenregeling, maar het hof en (in navolging van het hof) de Hoge Raad reppen beide van een 'substantiële inkomensachteruitgang' en een 'loonoffer'. Dat alleen al is, tot verbazing van *Fair Play* zelf,⁵⁶ voldoende reden om de

53 Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:872 (*Watertaxi haven Rotterdam*).

54 Hof Arnhem (zittingsplaats Amsterdam) 28 september 2010, JAR 2010/270; RAR 2010/164.

55 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, JAR 2020/11, m.nt. N. Cancian-van Ballegooijen.

56 *Fair Play* heeft door middel van een art. 31 Rv-procedure de Hoge Raad trachten te bewegen tot bijstelling, althans betere onderbouwing van het arrest van 29 november 2019. Zie de beslissing van de Hoge Raad op die poging: HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:72, JAR 2020/53.

wijziging tegen te houden. Fair Play had omstandig aangevoerd wat zij allemaal had gedaan om de werknemers tegemoet te komen (585 van de 590 werknemers en de GOR waren akkoord gegaan), maar de Hoge Raad beperkt zich uiteindelijk, bij de beoordeling van de belangen van de werknemer die zouden moeten wijken, tot een ‘loonoffer’ en een ‘substantiële inkomensachteruitgang’. De Hoge Raad acht daarom het zwaarwichtig belang van de werkgever ten opzichte van dit belang van de werknemers niet zwaarwichtig genoeg. Dat kan teleurstellend zijn voor de werkgever die van alles gedaan heeft, onder andere veel overleg met de werknemers en ook veel overleg met de (G)OR, in een langdurig traject, en het overtuigen van een groot aantal van de werknemers (in dit geval, zoals gezegd, 585 van de 590). Toch moet per saldo juist bij de primaire arbeidsvoorwaarde van het loon als belangrijkste primaire arbeidsvoorwaarde en, niet te onderschatten, de omstandigheid dat er geen vakbond aan te pas is gekomen die met de werkgever de cao heeft gesloten, de enkele factor van een substantiële loonsverlaging de doorslaggevende rol kunnen spelen. Dit laatste (de aanwezigheid van een cao, na overleg en accordering met een of meer vakbonden) is daarom belangrijk, omdat ook de wetgever daar, in zijn schaarse toelichting op de totstandkoming van artikel 7:613 BW, op gewezen heeft.⁵⁷ De wetgever doet dit in het kader van de benadrukking van de rol van de cao ten opzichte van een ondernemingsovereenkomst met de OR. De werknemer, zo zegt de wetgever, kan zich in het algemeen sneller onttrekken aan de toepassing van het wijzigingsbeding ingeval die toepassing ziet op overeenstemming tussen ondernemer en OR, dan indien het wijzigingsbeding ertoe strekt de ongeorganiseerde werknemer te binden ten gevolge van een cao.⁵⁸ De minister wijst op de grote maatschappelijke betekenis van de cao in termen van redelijkheid en billijkheid.

De Hoge Raad is de minister hierin, kort hierna, in 2002, gevolgd. In zijn arrest *Bollemeijer/TPG* heeft de Hoge Raad⁵⁹ in de kern beslist dat doordat de vakorganisaties met de werkgever/werkgeversorganisaties een cao sluiten, zij daarmee ook voldoende bescherming bieden aan de werknemer die geen lid is van een cao-sluitende bond.

Bij de toepassing van artikel 7:613 BW zal derhalve een belangrijk onderscheid moeten worden gemaakt tussen de situatie dat de werkgever, al dan niet zelf binnen een werkgeversverband georganiseerd dan wel als ondernemings-cao-sluitende werkgever, een (nieuwe) cao-bepaling wil doorvoeren die de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers wijzigt enerzijds en de situatie dat geen cao aan de orde is, maar ‘slechts’ een ondernemingsovereenkomst met de OR of niets (geen cao en ook geen ondernemingsovereenkomst) anderzijds. Bedacht moet worden dat de ondernemer (Fair Play uit de casus van HR 29 november 2019⁶⁰) een werkgever is die in deze laatste categorie (geen cao, maar wel een ondernemingsovereenkomst) valt. Dat verklaart waarom de Hoge Raad een loonoffer of substantiële inkomensvermindering van de werknemer(s) al voldoende vindt als doorslaggevend belang in de afweging van artikel 7:613 BW.

57 Zie par. 2.1.3.

58 Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 31 (NV).

59 HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF2166, JAR 2003/19.

60 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, JAR 2020/11.

De Hoge Raad heeft in het *Fair Play*-arrest de zogenoemde absolute leer verworpen en de relatieve leer omarmd.⁶¹ De absolute leer houdt in dat eerst, in het kader van de uitleg van artikel 7:613 BW, de zwaarwichtige reden wordt onderzocht en daarna de vastgestelde zwaarwichtige reden wordt afgezet tegen het belang van de werknemer dat, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, zal moeten wijken. De relatieve leer legt de nadruk op het woord ‘zodanig’ in artikel 7:613 BW: het vereiste gewicht van de belangen van de werkgever wordt mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad, hoewel hij de relatieve leer van toepassing acht op de belangenafweging van artikel 7:613 BW, toch zelf in de *Fair Play*-casus een ‘omgekeerd absolutisme’ toepast door niet om te zien naar de zwaarwichtigheid van de reden van de werkgever, maar enkel te kijken naar een substantiële inkomensachteruitgang en het loonoffer van de werknemers.

In het onderscheid van de aanwezigheid van een cao of de afwezigheid van een cao schuilt ook het grote verschil met de toepassing van de zogenaamde drietrapsraket van het door de Hoge Raad gewezen arrest *Stooff/Mammoet* in het kader van de toepassing van artikel 7:611 BW. Wordt door sommige schrijvers gesteld dat de toepassing van de criteria uit de beide artikelen (het uit 1998 stammende art. 7:613 BW met zijn zwaarwegende belang en art. 7:611 BW met de *Stooff/Mammoet*-drietrapsraket en de oude toepassing van het ook uit 1998 stammende *Taxi Hofman*-arrest) naar elkaar toegroeit en deze zelfs al vereenzelvigd kunnen worden,⁶² toch blijft een heel groot verschil de aanwezigheid van een cao. Een cao dus waarin veranderingen in de arbeidsvoorwaarden voorkomen ten opzichte van een eerdere cao. De aanwezigheid van zo’n cao is een echt zwaarwegend belang en de afwezigheid van een cao maakt het de werkgever bepaaldelijk niet gemakkelijk zijn zwaarwegende belang aannemelijk te maken of te bewijzen, indien een loonoffer of een substantiële inkomstendaling aan de zijde van de werknemer aan de orde is. Wanneer de werkgever geen in de cao neergelegde wijziging van de arbeidsovereenkomst heeft om op terug te vallen, zullen het zwaarwichtig belang in artikel 7:613 BW en de eerste trap van de drietrapsraket uit het *Stooff/Mammoet*-arrest (door de Hoge Raad geformuleerd als: ‘dat de werkgever als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden’) wel eens heel dicht bij elkaar kunnen liggen. En inderdaad zullen de tweede trap in de raket (is het gedane voorstel redelijk?) en de belangen van de werknemer die moeten wijken (afkomstig uit art. 7:613 BW) ook wel eens samen kunnen vallen. En de derde trap (het van de werknemer per saldo gevegd mogen worden) kan zeer wel samenvallen met de inhoud van het zwaarwichtig belang in combinatie met het werknemersbelang dat zal moeten wijken uit artikel 7:613 BW.

Zekić heeft verdedigd⁶³ dat het huidige juridische raamwerk voor de wijziging van arbeidsvoorwaarden ongeschikt is voor het beoordelen van collectieve

61 Zie ook Leopold Holtus in hoofdstuk 1.

62 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 611.

63 N. Zekić, *Het reorganiserend vermogen van het arbeidsrecht in beweging. Reorganiseren binnen de arbeidsovereenkomst, het goed werknemerschap als grond voor wijziging*, Den

loonsverlagingen. Zij meent dat daarom loon uitgesloten moet worden van eenzijdige wijzigingen. In een eerdere bijdrage in 2016⁶⁴ voert zij aan dat de algehele loonmatiging alleen mogelijk is wanneer elke individuele werknemer ermee heeft ingestemd of een instemming is gegeven door een vakbond als vertegenwoordiger van de werknemers. Het standpunt van Zekić gaat verder dan de wetgever met de invoering van artikel 7:613 BW heeft beoogd. Dat artikel is speciaal geschreven voor de situatie dat de (nieuwe) cao door de werkgever 'uitgewerkt' wordt in de arbeidsovereenkomsten van de niet-gebonden individuele, zogenoemde artikel 14-werknemers. De uitspraak van de Hoge Raad in de *Fair Play*-zaak geeft aan dat, ook zonder dat loon wordt uitgesloten van de toepasselijkheid van artikel 7:613 BW, een redelijke oplossing voor voorgenomen loonsverlagingen mogelijk is.

2.10.2 De vier loonsverlagingsuitspraken uit 2013 en 2015

Drie kwesties die zich in de lagere rechtspraak voordeden met betrekking tot loonsverlaging zijn de loonsverlaging van 6% in de *Inbo*-zaak⁶⁵ in 2013, vervolgens die van 2013 in de *Interwerk*-kwestie,⁶⁶ dan de loonsverlaging per 1 februari 2015 van 5,8% bij V&D⁶⁷ en ten slotte de loonsverlaging van méér dan 20% bij de thuiszorgorganisatie TSN in november 2015.⁶⁸ Wat is nog hun betekenis na de *Fair Play*-uitspraak?

In de kwestie *Interwerk* vroeg de werkgever zijn werknemers een loonoffer van 10% van het brutoloon over de periode 1 november 2012 tot 1 januari 2014. 69% van de werknemers ging daarmee akkoord. Er is geen eenzijdige-wijzigingsbeding overeengekomen. De toepassing van het *StooffMammoet*-arrest leidt ertoe dat de eerste trap van de raket (aanleiding om een voorstel te doen) aanwezig is, maar de kantonrechter komt tot het oordeel dat het voorstel niet redelijk is. De werknemer heeft een evident groot belang bij behoud van het loon. Ook de derde stap (kan aanvaarding van het voorstel worden gevegd?) wordt ontkennend beantwoord. Dat 69% van de werknemers het voorstel heeft geaccepteerd, maakt dit niet anders. De ontstane tweedeling tussen werknemers (zij die het voorstel aanvaardden en zij die het niet aanvaardden) ligt in de risicosfeer van de werkgever. In de zaak van het architectonisch en stedenbouwkundig ontwerp bureau *Inbo* heeft de voorzieningenrechter in Utrecht grote waarde gehecht aan de instemming van de OR en getoetst aan artikel 7:611 BW. De voorzieningenrechter heeft de tweede en de derde trap uit de drietrapsraket van *StooffMammoet* samengevoegd. De rechter komt per saldo tot de conclusie dat de achteruitgang van € 200 bruto per maand 'relatief beperkt' is.

Op grond van de achtergronden van artikel 7:613 BW en de *Fair Play*-uitspraak, zoals hierboven uiteengezet, moet worden geconstateerd dat in de *Inbo*-zaak de

Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 8.

64 N. Zekić, *All is fair in love and crisis? Loonoffers en goed werknemerschap*, TAP 2016/77.

65 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414.

66 Rb. Oost-Nederland (ktr.) 27 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:CA0060, JAR 2013/1116.

67 Rb. Amsterdam (ktr.) 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899, JAR 2015/62; RAR 2015/75; NJF 2015/302.

68 Rb. Overijssel 13 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5017.

juiste toepassing van het bepaalde in artikel 7:611 BW op de eerste plaats tot een zeer zware toets aanleiding had moeten vormen op de eerste trap uit de drietrapsraket van *Stoof/Mammoet* (de aanleiding voor de werkgever om tot een wijzigingsvoorstel te komen). Op de tweede plaats, met *Fair Play* in gedachten, had de voorzieningenrechter de laatste trap uit de drietrapsraket van *Stoof/Mammoet* (mag het eindresultaat van de afweging van de werknemer gevegd worden?) ook veel zwaarder moeten toetsen. De vraag is of de kantonrechter van toen met de kennis van nu de loonsachteruitgang had goedgevonden.

In de zaak van *V&D* heeft geen beoordeling op basis van het eenzijdige-wijzigingsbeding in artikel 7:613 BW plaatsgevonden, omdat de kantonrechter tot de conclusie kwam dat het eenzijdige-wijzigingsbeding niet zag op de wijzigingsvoorstellen van *V&D* (salarisvermindering, bevestiging seniorendagen, één vakantiedag minder, verval toeslag winkelpenstelling). De toepassing van artikel 7:611 BW leidde tot de conclusie dat de substantiële verlaging van het salaris, als primaire ofwel essentiële arbeidsvoorwaarde, op gespannen voet kwam te staan met het wettelijk systeem van arbeidsrechtelijke bescherming, onder verwijzing naar de visie van de Hoge Raad in het arrest *Stoof/Mammoet* dat werknemers in beginsel niet gehouden zijn een wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 7:611 BW te aanvaarden.

In de vierde zaak wilde de thuiszorgorganisatie TSN in 2015 verlagingen doorvoeren in het uurloon (bruto € 13,57, te verlagen tot € 12,77 bruto per uur of € 10,27 bruto per uur, in combinatie). De Almeloze kantonrechter overweegt, opmerkelijk modern wanneer de *Fair Play*-uitspraak uit 2019 daarnaast wordt gelegd, dat de teruggang in salariering voor eisers aanzienlijk is, waarbij bedacht dient te worden dat de werknemers zich bevinden in de onderste regionen van het salarisgebouw. Aannemelijk is, zo overweegt de kantonrechter verder, dat de werknemers als gevolg van de achteruitgang in salaris in financieel zeer slecht weer belanden en dat dit problemen kan opleveren voor het voldoen van de vaste lasten. En verder heeft de achteruitgang in salaris ook gevolgen voor de pensioenopbouw, vakantiegeld, vakantie-uren en een eventuele uitkering in het kader van de socialeverzekeringswetgeving.

2.10.3 Meer waarde hechten aan standpunt OR?

In hun bijdrage aan het debat in TAP⁶⁹ hebben Kuipers en Akkermans de gedachte geuit dat wellicht een uitgebreidere belangenafweging noodzakelijk was geweest en meer belang zou worden gehecht aan de instemming van de GOR, als de wijziging betrekking had gehad op een secundaire arbeidsvoorwaarde. Dat zou inderdaad het gevolg kunnen zijn, omdat de rol van de OR bij de secundaire, ook in artikel 27 WOR genoemde onderwerpen evidentier is. Maar daarmee staat nog niet vast welke waarde moet worden gehecht aan de instemming van de OR. Ik wijs er bijvoorbeeld op dat in de *Fair Play*-zaak de GOR tweemaal niet had ingestemd en de derde keer pas wel. Ook kan bijvoorbeeld de accordering, althans het non-verzet van 585 van de 590 werknemers de GOR overstag doen gaan, terwijl in mijn ogen naast deze ‘procedurele’ stappen in soms jarenlange besprekingen

69 L.A.J. Kuipers & R.C. Akkermans, Het eenzijdig wijzigingsbeding na het *Fair Play*-arrest, TAP 2020/46, p. 11.

ook inhoudelijke beoordelingen van de wijzigingsvoorstellen moeten blijven plaatsvinden. Wat is bijvoorbeeld het eindresultaat van veel praten, deskundigen inschakelen, de bedrijfscommissie benaderen, enzovoort? Want als de GOR uiteindelijk instemt en het overgrote merendeel van de werknemers geen verzet pleegt, wat weten we dan eigenlijk nog van de inhoud? In de *Fair Play*-zaak gaat het om een uiteindelijke pensioenpremiebijdrage van de werknemers van 30%.

2.10.4 Gevolgen voor secundaire arbeidsvoorwaarden?

In hun noot bij *Fair Play* in JIN 2020/20 stellen Wies en Westerduin⁷⁰ dat het bij de absolute benadering voor kan komen dat aan de weging van de belangen van de werknemer niet wordt toegekomen, ook als de belangen van de werknemer zich redelijkerwijs niet tegen de wijziging zouden verzetten. Denk bijvoorbeeld, zo schrijven zij, aan de ondernemer die kosten wil besparen door een ander leaseplan af te sluiten zonder dat hier een bedrijfseconomische aanleiding voor is. Zelfs indien de werknemer in voldoende mate wordt gecompenseerd, zou het in de absolute benadering niet mogelijk zijn een beroep te doen op artikel 7:613 BW. De werkgever heeft immers geen zwaarwegend belang, nu geen sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden. In de relatieve benadering kan de werkgever de wijziging wel doorvoeren, het belang van de werknemer (het type leaseauto) is immers kleiner dan het belang van de werkgever (de kostenbesparing). De relatieve benadering biedt volgens Wies en Westerduin daarom de benodigde ruimte voor flexibiliteit en tegelijkertijd een adequaat niveau van bescherming voor de werknemer.

De beide auteurs miskennen dat ook in de relatieve benadering nog steeds een zodanig zwaarwichtig belang aanwezig moet zijn dat het belang van de werknemer naar redelijkheid en billijkheid moet wijken. De zwaarwichtigheid vormt in andere zaken (dan die welke beheerst worden door de aanwezigheid van een cao) nog steeds in die zin een aparte factor dat wel aan het zwaargewicht, althans de zwaarte van het gewicht aandacht kan worden besteed. Dat betekent, volgens het gerechtshof in Amsterdam,⁷¹ dat onvoldoende is dat de werkgever uniformiteit en transparantie binnen de organisatie wil bewerkstelligen en daarom een strikter leasebeleid wil doorvoeren. Ook een medische indicatie aan de zijde van de werknemer kan in de relatieve benadering een belangrijke factor zijn, zelfs in het geval de werknemer eigenlijk niet in aanmerking komt voor een leaseauto.⁷² Ook de lange duur, toegestaan privégebruik en slechts tijdelijke arbeidsongeschiktheid kunnen eraan in de weg staan dat een leaseauto moet worden ingeleverd.⁷³ Deze rechtspraak blijft van belang bij de beoordeling van artikel 7:613-zaken na *Fair Play*.

70 E. Wies & A.M. Westerduin, annotatie bij Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3717, JIN 2020/20.

71 Hof Amsterdam 27 juli 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY8828, RAR 2007/4.

72 Rb. Den Haag (ktr.) 27 juni 2005, JAR 2005/237.

73 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 25 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3624, JAR 2018/228.

De door Bouwens, Duk en Bij de Vaate al vóór het arrest *Fair Play* ontwikkelde en vooruitziende visie⁷⁴ over de aard en betekenis van zwaarwichtig belang luidt dat artikel 7:613 BW weliswaar spreekt van een zwaarwichtig belang van de werkgever, maar dat het niet zozeer gaat om het gewicht van het belang op zichzelf, maar om de relatie tot het belang van de werknemer dat daardoor zou worden geschaad. Zwaarwichtig is derhalve een relatief begrip, zo schrijven de drie auteurs. Een andere opvatting zou volgens hen betekenen dat de werkgever zonder instemming van de werknemer geen wijzigingen zou kunnen doorvoeren bij op zichzelf niet zo zwaarwichtige belangen, ook al zou het daarbij in het geding zijnde belang van de werknemer nog veel kleiner zijn. Dat vinden de drie auteurs onlogisch en bovendien in strijd met de invloed van verkregen instemming van de OR. Ook daarbij zal het niet altijd gaan om zaken die in absolute zin zwaarwichtig zijn.

De zwaarwichtigheid van de argumenten voor een wijziging van arbeidsvoorwaarden is naar onze mening nauw verbonden met de aard van de arbeidsvoorwaarden. Hierboven hebben wij ten aanzien van het loon al uiteengezet dat daarin al enkel het belang van de werknemer dat hij een te groot loonoffer moet maken, voldoende kan zijn. Maar bij in aard en belangrijkheid mindere arbeidsvoorwaarden, zoals een pure onkostenvergoeding, wordt de zwaarte van het gewicht nog steeds bepaald door een afweging van belangen van werkgever en werknemer, waarbij de door de werkgever aangevoerde zwaarwichtigheid niet meteen hoeft te wijken voor het veel grotere belang van de werknemer bij behoud van salaris (en het niet inleveren van 5%, 10% of 15% van het vaste salaris). In het door Bouwens, Duk en Bij de Vaate gegeven voorbeeld kan een belang van de werknemer óf geheel afwezig zijn óf aanzienlijk minder belangrijk dan het belang van de werkgever, ook al is dat geen zelfstandig en dus, in de relatieve leer, ook niet noodzakelijkerwijs aanwezig zwaarwichtig belang. In het vervolg, bij de bespreking van de arbeidsduur, de werktijd, de arbeidstijd, het rooster, de vakantie en de functie, zal telkens aandacht worden besteed aan deze belangenafweging.

2.10.5 Invloed OR

Hierboven bespraken wij het voor de toepassing van artikel 7:613 BW belangrijke verschil tussen de overeenstemming die vakbonden bereiken met een werkgeversvereniging of de werkgever zelf in het kader van een bedrijfstak-cao of een ondernemings-cao enerzijds en een ondernemingsovereenkomst tussen ondernemer en OR anderzijds. De vraag die opdoemt bij het belang van goede samenspraak met de OR is of van belang is hoe de OR met de ondernemer heeft onderhandeld en of dit uitmaakt voor het eindoordeel over de zwaarwichtige redenen in de zin van artikel 7:613 BW.

Zo overwoog de kantonrechter te Maastricht⁷⁵ dat weliswaar algemeen wordt aangenomen dat instemming van de OR met een wijziging of een positief advies van de OR over een wijziging gewicht in de schaal legt bij de zwaarte van het

74 Bouwens, Duk & Bij de Vaate 2018, par. 2.6.

75 Rb. Maastricht (ktr.) 28 maart 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW5157, JAR 2012/120 (Vodafone Libertel).

werkgeversbelang, maar dat die instemming daarmee het belang niet per se zwaarwichtig maakt. Het 'kan als effect hebben dat sneller mag worden aangenomen dat het werknemersbelang naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid heeft te wijken'. Ten overvloede merkt de kantonrechter op dat in het onderhavige geval de OR zich vooraf niet verzekerd heeft van de steun van de eigen achterban en dat er door de OR evenmin een vertrouwensvotum over het resultaat achteraf is gevraagd. Dit is een mijns inziens interessante gedachte. Wanneer immers discussie mogelijk is over de vraag of een groot aantal werknemers daadwerkelijk akkoord is gegaan en slechts een klein aantal werknemers zich heeft verzet tegen eenzijdige wijziging, en daarenboven wordt aangevoerd door de werkgever dat de OR heeft ingestemd (in het kader van een ondernemingsovereenkomst), dan zou er een verbinding tussen de instemming van de meeste werknemers en de instemming van de OR tot stand kunnen komen door gebruikmaking van middelen die niet in de WOR staan, maar die wel een grotere legitimatie aan het besluit van de OR geven. Dat zou een raadpleging van de achterban kunnen zijn, door de Maastrichtse kantonrechter onderscheiden in steun vooraf en steun achteraf. De kantonrechter lijkt nog niet te hebben gedacht aan allebei. Het zou voor de ontwikkeling van de kracht van het argument dat de meeste werknemers instemmen van belang kunnen zijn dat de ondernemer de nodige faciliteiten aan de OR zou bieden wanneer deze raadplegingen overweegt.

In de literatuur⁷⁶ worden verdergaande stappen voor verbetering van de communicatie van de OR met zijn achterban besproken. In artikel 25 en 27 WOR zou als verplichting dienen te worden opgenomen dat een OR eerst zijn achterban dient te raadplegen, alvorens hij een advies uitbrengt, respectievelijk instemming geeft of weigert. De wijze waarop raadpleging plaatsvindt, zou door de wetgever moeten worden vrijgelaten om ruimte te laten aan de OR om, al naar gelang de zwaarte van de aangelegenheid, de vorm van raadpleging te kiezen. Daaraan zijn niet alleen maar voordelen voor de OR verbonden. De (werk)druk op de OR neemt toe. Bovendien zal de OR zich nog vaker moeten verantwoorden voor zijn uiteindelijke stellingname. Ook dient rekening te worden gehouden met het feit dat een OR niet alleen het belang van de achterban dient af te wegen bij zijn standpuntbepaling, maar ook het belang van de onderneming. Voorts dient er rekening mee te worden gehouden dat besluitvormingsprocedures er langer door kunnen gaan duren. Ook voor de ondernemer/werkgever zijn er niet alleen maar voordelen bij een achterbanraadpleging. Als de OR instemming verleent of een ondernemingsovereenkomst sluit, is daarmee nog steeds niet een directe binding van het besluit aan de inhoud van de individuele overeenkomst gerealiseerd.

De Ondernemingskamer ziet het vooraf raadplegen van de achterban over de inhoud van een sociaal plan, volgens Meirink en Sprengers, als een wezenlijk onderdeel van het recht op medezeggenschap en van belang voor het adequaat functioneren van de medezeggenschap.⁷⁷

⁷⁶ T. Meirink & L.C.J. Sprengers, Ondernemingsraad en achterban, in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *De toekomst van de medezeggenschap. Aanbevelingen aan de wetgever* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 37) Deventer: Kluwer 2009, p. 92 e.v.

⁷⁷ Meirink & Sprengers 2009, p. 94.

2.II Lager loon en disfunctioneren

De vraag luidt of verlaging van het loon ten gevolge van de verkrijging van een lagere functie een uitzondering vormt op de hierboven verdedigde regel dat verlaging van het loon, wanneer het een substantiële achteruitgang en een loonoffer is, de belangen van de werknemer ernstig schaadt en de drempel van artikel 7:613 BW niet haalt. Het antwoord op die vraag kan niet met een simpel ja of nee worden gegeven. Het hangt ervan af of de functie verlaagd is ten gevolge van vermeend disfunctioneren van de werknemer dan wel bijvoorbeeld het gevolg is van een, om bedrijfseconomische redenen ingegeven, stoelendans die voor de werknemer geëindigd is in een lagere functie. Verder is van belang of de demotie in de cao of in de individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen.

Deze verschillende situaties en omstandigheden zullen worden uitgewerkt in paragraaf 2.24 e.v. over de (wijziging van de) functie.

2.II.1 Andere vormen van loon en beloning

Het loon wordt als een belangrijke arbeidsvoorwaarde gezien. Voor de verlaging van het loon wordt niet vaak een zwaarwichtig belang of een gelegitimeerde aanleiding aangenomen. Geldt dat ook voor de verschillende vormen waarin loon en beloning zich voordoen? Loon in de zin van artikel 7:617 BW is de vergoeding door de werkgever voor de directe tegenprestatie van de zijde van de werknemer in de vorm van verrichte arbeid en bestaat uit bijlagen (vakantiebijslag) en toeslagen op arbeid (ploegentoeslag, nachttoeslag, weekendtoeslag, zondagstoeslag, zaterdagtoeslag, consignatietoeslag en onregelmatigheidstoeslag). Maar de ‘contraprestatie’ (of liever: de remuneratie⁷⁸) voor verrichte ‘arbeid’ kan ook bestaan uit een gratificatie, periodiek, eindejaarsuitkering, dertiende maand, bonus en opties. Het is te sterk uitgedrukt om te stellen dat een kenmerk van gratificaties, bonussen en opties is dat de werkgever zich immer een discretionaire bevoegdheid voorbehoudt bij de toekenning van deze bijzondere vormen van beloning, maar vaak gebeurt het wel. Daarmee staan remuneraties, waar het gaat om een ontegenzeggelijk recht van de werknemer tegenover een al dan niet discretionaire bevoegdheid van de werkgever, in een schril contrast tot het gewone loon als directe contraprestatie voor verrichte arbeid. Voordat kan worden toegekomen aan een bespreking van bonus, gratificatie en optie als arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:613 BW en in de zin van het *Stoofj Mammoet*-arrest, zal eerst besproken moeten worden wat de inhoud en invloed zijn van die discretionaire bevoegdheid van de werkgever.

2.II.2 Discretionaire bevoegdheid werkgever bij remuneraties (bonus)

In hun artikel ‘De discretionaire bevoegdheid van de werkgever bij de weigering van bonussen of andere variabele beloningen’⁷⁹ hebben Keuss en Bouma

78 Remuneratie is volgens Van Dale: ‘vergelding, beloning, betaling, hetzij incidenteel of regelmatig, voor bewezen diensten’, en staat derhalve naast loon als (directe) tegenprestatie voor verrichte arbeid.

79 M.J. Keuss & E.I. Bouma, De discretionaire bevoegdheid van de werkgever bij de weigering van bonussen of andere variabele beloningen, TAP 2014/359.

kritiek op de te ruime definitie van het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ door Van Slooten en Rutgers en Noordoven. Van Slooten omschrijft de arbeidsvoorwaarde als ‘alle afspraken tussen werkgever en werknemer die betrekking hebben op de arbeidsovereenkomst’.⁸⁰ Volgens Rutgers en Noordoven moet onder arbeidsvoorwaarde worden verstaan ‘ieder recht, zowel voorwaardelijk als onvoorwaardelijk, waarop een werknemer aanspraak kan maken jegens zijn werkgever als gevolg van het bestaan van een arbeidsovereenkomst’.⁸¹ Deze definities zijn naar de mening van Keuss en Bouma te ruim, omdat daarmee geen ruimte wordt overgelaten voor een discretionaire bevoegdheid van de werkgever om zijn werknemers te belonen, zonder dat direct een aanspraak op die beloning kan ontstaan. Dit zou in strijd komen met de ondernemersvrijheid van de werkgever. Keuss en Bouma vinden dat daarom beter kan worden aangesloten bij de (toenmalige, 2008) definitie van Van der Grinten, die het begrip arbeidsvoorwaarde omschrijft als ‘alle aan de arbeidsovereenkomst verbonden rechten en verplichtingen, voor zover deze niet onder het instructierecht van de werkgever vallen’.⁸² Het woord ‘instructierecht’ dient naar de mening van Keuss en Bouma wel te worden vervangen door ‘discretionaire bevoegdheid’, omdat het instructierecht van de werkgever ex artikel 7:660 BW ziet op voorschriften met betrekking tot het verrichten van de werkzaamheden en niet op de beloning. De beide auteurs zijn van mening dat onder het begrip ‘discretionaire bevoegdheid’ moet worden verstaan een door de werkgever gemaakt voorbehoud bij het al dan niet toekennen van een aan de arbeidsovereenkomst verbonden recht of verplichting.

Keuss en Bouma zien over het hoofd dat de afbakening tussen het instructierecht enerzijds en de arbeidsvoorwaarde anderzijds losstaat van de invulling van het begrip goed werkgeverschap of van discretionaire bevoegdheid. De vier begrippen zijn niet zonder meer nevengeschied. Het instructierecht, dat wij, zoals hieronder zal blijken bij de bespreking van arbeidsduur en werktijden (par. 2.15.1) eng hebben ingevuld, moet worden afgebakend ten opzichte van arbeidsvoorwaarden vanwege de problematiek van de wijziging. Kort gezegd is de vrijheid van de werkgever om, ingevolge artikel 7:660 BW, veranderingen in de voorschriften over door de werknemer te verrichten werkzaamheden en in de orde van de onderneming aan te brengen groter dan bij wijziging van arbeidsvoorwaarden. Maar ook het instructierecht is onderhevig aan beperkingen, zoals de wet en andere voorschriften. Daar kan ook het goed werkgeverschap onder vallen. Goed werkgeverschap is dus zowel van toepassing op het instructierecht als op arbeidsvoorwaarden, zij het dat zich binnen het goed werkgeverschap verschillende gradaties voordoen. Met één uitzondering: wat buiten goed werkgeverschap valt.

In enkele, zeer spaarzaam te achten, situaties kan de norm van goed werkgeverschap niet van toepassing zijn op bepaalde, feitelijke, handelingen van de werkgever. Ook misbruik van bevoegdheid zal dan niet aan de orde zijn, omdat er geen sprake is van een bevoegdheid. Beter is het dan ook om niet te spreken van een discretionaire bevoegdheid. Van zo’n feitelijke handeling zijn niet veel voorbeelden

80 J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 110.

81 D.J. Rutgers & T.L.C.W. Noordoven, *Is er ruimte voor claw-back van ontslagvergoedingen?*, *ArbeidsRecht* 2001/28.

82 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 52.

te vinden, maar een voorbeeld zou het volgende kunnen zijn. De werknemers binnen een bedrijf wijzen een bepaalde collega aan als iemand die zich buitengewoon op zijn werk heeft ingespannen en veel goeds heeft gedaan. De werkgever is enthousiast en biedt de betrokken werknemer een geheel verzorgde reis ergens in (vanwege de coronacrisis) Nederland aan. Een collega-werknemer zou in zo'n geval geen geslaagd beroep op strijd met goed werkgeverschap (waaronder ongelijke behandeling) kunnen doen. De vraag is vervolgens of het volstrekt eigenmachtig en zonder enig beleid aanbieden van een bonus ook tot zo'n situatie gerekend zou kunnen worden. Het kenmerk van de bonus is dat hij niet in direct verband staat met het loon of de beloning voor verrichte arbeid, maar daar in sommige gevallen, wanneer de werkgever criteria verbindt aan het krijgen van een bonus, wel trekken van krijgt. Indien de werkgever bijvoorbeeld niet alleen de goede resultaten van de onderneming, maar ook de goede resultaten van de afdeling waar de werknemer werkt en zelfs de individuele prestatie van de werknemer, al dan niet in een combinatie van die drie, meeweegt in de beslissing een bonus van een bepaalde hoogte toe te kennen, dan valt de bonustoekenning onder de toets aan goed werkgeverschap. Maar wanneer iedere verbinding met de verrichte arbeid achterwege blijft, althans ver verwijderd of onzichtbaar blijft, zou ons inziens de toets van goed werkgeverschap achterwege kunnen en moeten blijven.⁸³ Dat doet zich niet vaak voor, maar het is wel denkbaar.

Hierboven kwamen wij tot de conclusie dat het goed werkgeverschap zowel op de instructiebevoegdheid als op arbeidsvoorwaarden van toepassing is, maar dat er gradaties zijn. Is die conclusie in strijd met hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen over de 'volle' toets van het goed werkgeverschap?⁸⁴ De volheid van de toets spruit voort uit de verwerping door de Hoge Raad in de twee uitspraken van 1990 en 1993 van de stelling dat sprake zou zijn van de toets dat de werkgever in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot een bepaalde invulling. Van een marginale toetsing van goed werkgeverschap is dus geen sprake.

2.11.3 Beoordelingsvrijheid versus discretie

Vervolgens is de vraag wat de Hoge Raad bedoeld heeft met enige of een zekere beoordelingsvrijheid. Is dat hetzelfde als een discretionaire bevoegdheid? Dat is naar onze mening niet hetzelfde.

Voor de aanname dat de werkgever een discretionaire bevoegdheid heeft, wordt vaak verwezen naar HR 1 juli 1993:⁸⁵

'Of de werkgever zich al dan niet heeft gehouden aan de verplichting van genoemd wetsartikel zich te gedragen als een goed werkgever, is in volle omvang onderworpen aan toetsing door de rechter, die bij deze toetsing niet alleen rekening moet houden met de aard van de dienstbetrekking en van de overeengeko-

83 Zie voor het Duitse recht en de 'ver verwijderdheid' de zogenoemde rescontrebedingen ofwel peildatumbedingen (Stichtagklause!), BAG 18 januari 2012 – 10 AZR 667/19 – NZA 2012, 620, in: J.J.M. de Laat, Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 248.

84 HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1032, JAR 1993/195.

85 HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1032, NJ 1993/667; JAR 1993/195.

men arbeid alsmede met de overige omstandigheden van het geval, maar ook met de beoordelingsvrijheid die de werkgever, gezien de aard van zijn bedrijf en van de daarin te verrichten werkzaamheden, ten aanzien van de organisatie en inrichting van die werkzaamheden toekomt (HR 31 mei 1991, NJ 1991, 679).’

De verwijzing door de Hoge Raad naar zijn uitspraak uit 1991⁸⁶ maakt het mogelijk om iets meer duidelijkheid te krijgen over de beoordelingsvrijheid van de werkgever. Die vrijheid komt de werkgever toe ten aanzien van de organisatie en de inrichting van werkzaamheden, al naar gelang de aard van zijn bedrijf en de daarin te verrichten werkzaamheden. In het geval van 1991 ging het om de functiewaardering en de functie-indeling in de sector (ziekenhuis)zorg. De Hoge Raad maakt duidelijk dat de werkgever gebonden is aan de maatstaven van een bepaalde wijze van in de cao geregelde en tamelijk dichtgetimmerde functiewaardering, maar dat hij wel degene is die het indelingsbesluit moet nemen. En binnen die kaders heeft de werkgever een veelheid van factoren te wegen, waarbij een zekere beoordelingsvrijheid niet gemist kan worden.

Vast staat dat de indeling in functiegroepen in de cao aan de werkgever is opgedragen. De gedingstukken laten voorts geen andere conclusie toe dan dat de werkgever bij de indeling van zijn werknemers in functiegroepen wel aan de maatstaven van het protocol FunctieWaardering Gezondheidszorg (FWG) gebonden is, maar dat de aard van deze maatstaven, zoals deze in het onderhavige geding naar voren komt, meebrengt dat indeling in de regel slechts mogelijk zal zijn aan de hand van een weging van een veelheid van factoren, die zich zonder een zekere beoordelingsvrijheid niet goed laat denken.

De advocaat-generaal (A-G) in de zaak uit 1991 (die de Hoge Raad zelf noemt in de uitspraak van 1993) verwijst nog naar de uitspraak van de Hoge Raad van 2 november 1990.⁸⁷ De Hoge Raad sprak daarin van ‘enige beleidsvrijheid’, en wijst er bovendien nog op dat op basis van de functietypering een indeling zowel in functiegroep 25 als in functiegroep 30 verantwoord was. Dan moet enige vrijheid aan de werkgever worden gelaten om de tot de functie behorende werkzaamheden te wegen tegen de achtergrond van de hele ziekenhuisorganisatie en dan uiteindelijk een beslissing te nemen.

‘[D]at aan het ziekenhuis enige “beleidsvrijheid” toekwam bij de indeling van de functie moet aldus worden verstaan dat de rechtbank, ervan uitgaande dat op basis van de functietypering zowel indeling in functiegroep 25 als indeling in functiegroep 30 verantwoord was, gemeend heeft dat alsdan het ziekenhuis – als werkgever die krachtens art. 20 van de CAO het indelingsbesluit moet nemen – enige vrijheid moet worden gelaten om de tot de functie behorende werkzaamheden te wegen tegen de achtergrond van de gehele ziekenhuisorganisatie – bij welke weging het advies van de Indelingsadviescommissie mede van belang is – teneinde op grond van die weging uiteindelijk te beslissen.’

86 HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo257, NJ 1991/679.

87 HR 2 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8148, NJ 1991/25.

Deze zekere mate van beslissingsvrijheid is niet hetzelfde als een discretionaire bevoegdheid, laat staan een discretionaire beleidsvrijheid of ondernemersvrijheid.

2.11.4 Hoever reikt de beslissingsvrijheid van de werkgever?

Discretie. *What's in a name?*⁸⁸ Zelfs al wenst de puur discretionaire arm van de werkgever ver te reiken, in de zin dat de werkgever zich bij alles het recht heeft voorbehouden om de bonus, de optie en de gratificatie te bepalen en aan te passen, dan nog vormt dat geen garantie dat die zelf aangewezen discretie niet valt binnen de lichtkring van het goed werkgeverschap. Voorstelbaar is dat bij een absoluut voorbehouden discretionaire bevoegdheid tot betaling van een bonus of gratificatie, maar wel met de aanwezigheid van de criteria waaraan de werknemer, om in aanmerking te komen, moet voldoen, goed werkgeverschap alleen maar in te vullen is als een beoordeling van het gedrag van de werkgever, zonder een belangenafweging. Die beoordeling van het gedrag van de werkgever kan uiteenvallen in een formeel, maar ook een enigszins materieel deel.

Maar zodra de puur discretionaire bevoegdheid er niet echt, in de zin van aantoonbaar, zonder nadere invullingen, meer is, moeten het handelen en nalaten van de werkgever beoordeeld worden aan de hand van het goed werkgeverschap. Dat is nog niet het goed werkgeverschap zoals neergelegd in de drietrapsraket van het arrest *Stooff/Mammoet*, waarin een belangenafweging plaatsvindt tussen het belang van de werkgever en dat van de werknemer. Bij goed werkgeverschap (in de zin van 'niet-*Stooff/Mammoet*') is er geen belangenafweging, maar spelen wel de beginselen van behoorlijk bestuur een rol. Gedacht moet worden aan de door Heerma van Voss gegeven reeks van beginselen: zorgvuldigheid, zuiverheid van oogmerk, motivering, vertrouwen, evenredigheid en gelijkheid. Zou er dan, in het onderscheidend veld van goed werkgeverschap sec en goed werkgeverschap in de *Stooff/Mammoet*-zin, weer onderscheid worden gemaakt tussen het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel enerzijds en het subsidiariteitsbeginsel anderzijds? Omdat de genoemde beginselen (en ook zorgvuldigheid en zuiverheid van oogmerk) al het handelen van de werkgever onder de loep nemen en zich niet wagen aan een belangenafweging (en dus ook niet de positie van de werknemer meewegen), moeten in mijn ogen alle beginselen onder het goed werkgeverschap vallen, dus ook de subsidiariteit. Wel horen bij de toepassing van sommige beginselen enkele kanttekeningen. Bij het gelijkheidsbeginsel is, wanneer het gaat om gelijk loon, bijzondere rechtspraak van toepassing in de vorm van het *Parallel Entry*-arrest van de Hoge Raad. Bij het vertrouwensbeginsel hoort de civielrechtelijke pendant: de toepassing van artikel 3:35 BW, dat – toegespitst op een wijziging van arbeidsvoorwaarden – vaak een beoordeling te zien geeft van de wijze waarop de werknemer redelijkerwijs, gegeven de omstandigheden, het handelen of nalaten van de werkgever had mogen opvatten als de verstrekking van een arbeidsvoorwaarde.

88 'What's in a name? That which we call a rose, By any other name would smell as sweet', W. Shakespeare, *Romeo en Julia*, 2,2.

2.11.5 Drie vormen van (vermeende) discretie

1. De werkgever behoudt zich het recht voor om een regeling voor variabele beloning, alsook de omzettargets en het uitkeringspercentage jaarlijks aan te passen.⁸⁹

‘De werknemer hoeft met de wijziging van de omschrijving niet in te stemmen maar hij heeft de nieuwe regeling van zijn werkgever gekregen en hem is gelegenheid geboden om vragen te stellen. Niet gebleken is van gebreken in de totstandkoming van de regeling. De werkgever heeft zich het recht voorbehouden om de regeling jaarlijks aan te passen. De werkgever heeft vanwege veranderde marktomstandigheden besloten haar beleid te wijzigen en de bonus op een andere wijze gekoppeld. Het hof oordeelt dat een dergelijke wijziging van beleid in beginsel is voorbehouden aan de werkgever en op zichzelf dus niet in strijd is met goed werkgeverschap.’⁹⁰

Deze uitspraak lijkt van een onjuist uitgangspunt uit te gaan. Op de eerste plaats is volgens het hof sprake van een wijziging van beleid, en dat is een te brede discretie en valt in beginsel niet onder de door de Hoge Raad bedoelde beslissingsvrijheid. Op de tweede plaats is er sprake van een situatie waarin bonussen zijn toegekend, maar waarin er ook een wijzigingsbevoegdheid door de werkgever wordt voorbehouden. In zo’n geval is er op zijn minst twijfel mogelijk of het vertrouwensbeginsel niet van toepassing is, omdat er in ieder geval over het jaar 2011 toekenning van een variabele beloning heeft plaatsgevonden. De werkgever en de werknemer hadden wel een debat over de juistheid van het aan bonus ontvangen bedrag. Toepassing van het vertrouwensbeginsel als onderdeel van de toets op goed werkgeverschap zou tot een aanzienlijk inhoudelijkere beoordeling hebben geleid dan enkel de beantwoording van de vraag of goed overleg heeft plaatsgevonden met de verschillende regioteams.

2. Maar het komt ook voor dat in een binnen het bedrijf bestaande ‘Regeling variabele beloning’ bepaald wordt dat voor medewerkers die Regeling variabele beloning geldt (tenzij in de individuele arbeidsovereenkomst anders is bepaald), en dat het uitgangspunt is een bepaald aantal door de werknemer te behalen percentages, maar dat het bedrijf zich ook te allen tijde het recht voorbehoudt om voor hem moverende redenen naar boven of naar beneden van de vastgestelde variabele beloning af te wijken, zowel individueel als collectief.

Het gerechtshof in Amsterdam overwoog dat er geen twijfel over behoeft te bestaan dat een in de arbeidsovereenkomst vastgelegde jaarlijkse aanspraak op een variabele beloning als zodanig als een arbeidsvoorwaarde is aan te merken, maar dat dat nog niet betekent dat aan die aanspraak geen nadere voorwaarden kunnen worden gesteld. Volgens het hof ontstaat geen aanspraak als bepaalde doelen niet of niet in voldoende mate bereikt worden. Het hof verwerpt de stelling van de werknemer dat bij hem de gerechtvaardigde indruk is gewekt dat de

89 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9434, RAR 2019/9, r.o. 3-9.

90 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9434, RAR 2019/9.

werkgever geen gebruik meer zou maken van de bevoegdheid om geen variabele beloning toe te kennen. Ten slotte wordt de vraag beantwoord of het goed werkgeverschap geschonden is. Het hof toetst formeel en materieel. Het niet toekennen van de variabele beloning is besproken met de OR. Niet alleen de werknemers, maar ook het bestuur krijgen geen variabele beloning over 2012. Ten slotte is het financieel resultaat achtergebleven bij de verwachtingen.

Deze uitspraak bevredigt niet. De werknemer heeft sinds 2003 altijd een variabele beloning gehad en hij heeft in 2013 al zijn persoonlijke doelstellingen gehaald. Die twee niet onbelangrijke factoren hadden beter kunnen worden meegewogen, indien de discretionaire bevoegdheid als fenomeen niet zou zijn benut, en wel getoetst zou zijn aan goed werkgeverschap. Dat betekent in dit geval dat niet aan het *Stoof/Mammoet*-arrest, met een afweging van de belangen van de werkgever en die van de werknemer, maar aan de basale waarden van goed werkgeverschap, zoals de zuiverheid van oogmerk, de draagkracht van de motivering, het opgewekt vertrouwen en de evenredigheid, zou zijn getoetst. Het hof lijkt, met de beoordeling of bij de werknemer een bepaalde gerechtvaardigde indruk is gewekt, dat vertrouwensbeginsel toe te passen, maar in onze ogen heeft het hof binnen de toepassing van het vertrouwensbeginsel een te grote distantie betracht. Het hof zou immers niet hebben moeten onderzoeken of de gerechtvaardigde indruk was gewekt dat de werkgever geen gebruik meer zou maken van de bevoegdheid om geen variabele beloning toe te kennen, maar of op een van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het vertrouwensbeginsel (rekening houdend met de omstandigheid dat in 2013 alle persoonlijke doelstellingen zijn gehaald en dat hij al tien jaar lang elk jaar een variabele beloning heeft gekregen), inbreuk zou zijn gemaakt.

3. Als voorbeeld van een zogenoemde discretionaire bevoegdheid mag natuurlijk een ‘kan’-bepaling niet ontbreken. De cao voor de werknemers van de Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland (CAO Holland Casino) bepaalt in artikel 7, paragraaf 1 lid 2 sub d:

‘Aan de werknemer van 21 jaar en ouder kan jaarlijks (in beginsel per 1 januari) aan de hand van een beoordeling van het functioneren, conform het gestelde in de beoordelingsprocedure, een schaalstapverhoging worden toegekend. Op basis van het beoordelingsinstrument is een differentiatie in de toe te kennen schaalstapverhoging mogelijk. Deze differentiatie kan worden aangebracht door geen, een half, anderhalf of maximaal twee schaalstap(pen) toe te kennen.’

Sinds 1977 is altijd een periodiek aan de hand van beoordeling aan de werknemer toegekend. Gedurende een lange reeks van jaren is hetzelfde beleid gevoerd. De werkgever heeft aan zijn medewerkers meegedeeld dat hij over het jaar 2013 geen periodieken zal toekennen. De vakbonden ABC en De Unie maken bezwaar. Een cao-geschillencommissie bepaalt dat een discretionaire bevoegdheid toekomt aan Holland Casino om jaarlijkse schaalstapverhogingen toe te kennen. De kantonrechter⁹¹ is van oordeel dat geen verworven recht is ontstaan door besten-

91 Rb. Noord-Holland (ktr.) 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6762, JAR 2016/155.

dig gebruik en dat sprake is van een tweetrapsraket: als over een jaar periodieken worden toegekend, dan geschiedt de toekenning daarvan aan de hand van de beoordeling. De toekenning en de beoordeling zijn op verschillende tijdstippen plaatsvindende stappen. Het verwijt van de FNV dat Holland Casino niet als goed werkgever zou hebben gehandeld door eenmalig gebruik te maken van een bevoegdheid wordt afgewezen, want de werkgever heeft gemotiveerd onderbouwd waarom hij inderdaad eenmalig van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. De kantonrechter oordeelt dan: ‘Indien desalniettemin geoordeeld zou moeten worden dat het toepassen van een discretionaire bevoegdheid om wel of niet een extra periodiek toe te kennen moet worden ontzegd, zou dit de betreffende cao-bepaling en de jaarlijkse beoordelingen zinledig maken.’

Deze casus is in onze ogen zeer geschikt om aan te geven dat het te snel aannemen van een puur discretionaire bevoegdheid tot zeer onbevredigende situaties kan leiden. Zelfs in de situatie dat gedurende vele tientallen jaren (1977-2012) gratificatie aan de werknemers wordt toegekend, zou de werkgever in één keer, zonder enige uitleg te hoeven geven, kunnen besluiten om niet over te gaan tot betaling. Onbevredigend is, niet alleen in de casus *Holland Casino*, maar ook in het hierboven onder 1 besproken geval,⁹² dat eerst een beroep op een verworven recht niet slaagt, en dan vervolgens de discretionaire bevoegdheid de doorslag geeft. Maar de honorering of afwijzing van een verworven recht, met een alles-of-niet-effect, is niet de invulling die de toepassing van goed werkgeverschap te zien zou geven. De ‘kan’-bepaling van *Holland Casino* moet worden geplaatst in het kader van het goed werkgeverschap, omdat er door de praktijk, zonder dat er een verworven recht behoeft te zijn ontstaan, wel een opgewekt vertrouwen is (vertrouwensbeginsel), dan wel de motivering om een jaar gratificatie niet uit te betalen onvoldoende is (motiveringsbeginsel), dan wel sommigen wel en anderen niet de gratificatie krijgen (gelijkheidsbeginsel). De ‘kan’-bepaling doet daar niet voldoende aan af en moet voor wat betreft de echte discretie worden beperkt, op basis van de geanalyseerde rechtspraak van de Hoge Raad over beslissingsvrijheid, tot de hierboven genoemde schaarse voorbeelden. De zinledigheid waarover de Haarlemse kantonrechter spreekt, is geen overtuigend argument voor het afzien van een benadering via goed werkgeverschap.

2.11.6 Beslissingsvrijheid en evenredigheid/subsidiariteit

Kan de zekere mate van beslissingsvrijheid, zoals de Hoge Raad deze heeft neergelegd in zijn arrest van 1993, worden gebruikt om het subsidiariteitsbeginsel opzij te zetten?

In de zaak over de ploegentoeslag bij de netbeheerder Tennet benutte het gerechtshof in Arnhem⁹³ de bovenvermelde uitspraak van 1 juli 1993 en sprak het van de beoordelingsvrijheid van een werkgever die deze nodig heeft (‘de nodige beleidsvrijheid’), terwijl een accurater woordgebruik zou hebben geleid tot ‘een

92 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9434, RAR 2019/9.

93 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:548, JAR 2019/196 en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4757, JAR 2019/197.

zekere beslissingsvrijheid'. Het hof gebruikte de uitspraak van de Hoge Raad van 1 juli 1993 voor de invulling van het zwaarwichtig belang als bedoeld in artikel 7:613 BW, ter zake van de wijziging van de werktijdenregeling en het daarop gebaseerde rooster. Deze nodige beleidsvrijheid wordt ingezet om een argument van de werknemers, dat er ook andere maatregelen waren om geconstateerde knelpunten te verhelpen, af te wijzen.

Naar onze mening is de beslissingsvrijheid waarop de Hoge Raad doelt in zijn aangehaalde arresten uit 1990, 1991 en 1993 niet bedoeld om het subsidiariteitsbeginsel opzij te zetten. Dit beginsel behoort tot het arsenaal van goed werkgeverschap, zonder dat al een uit *Stoof/Mammoet* voortspuitende belangenafweging plaatsvindt, en moet dus een complete en serieuze rol spelen in de beslissing van een rechter. Ook alternatieven die door de werkgever al dan niet in het voorstadium van zijn beslissing hadden moeten worden afgewogen (wat niet hetzelfde is als de afweging van de belangen van de werknemer), zijn van belang voor de beoordeling van goed werkgeverschap.

2.11.7 De uitspraak van de Hoge Raad over bonus

Hoe moet de uitspraak van de Hoge Raad⁹⁴ over de bonus van de directeur bij de Royal Bank of Scotland in het hierboven geschetste kader worden geplaatst? De Hoge Raad gaf een artikel 81 Wet RO-oordeel. Uit de conclusie van A-G Spier blijkt dat het niet om een pure discretionaire bevoegdheid (om een bonus überhaupt uit te keren) ging, maar over de gebondenheid van de werkgever aan het storten van 30% in een bonuspool. De werkgever had voor zijn weigering te storten geen enkele grond en ook geen enkele uitleg gegeven.

Waar het gaat om een zogenoemde discretionaire bevoegdheid wijzen wij nog op de volgende passage uit de conclusie van de A-G:⁹⁵

‘Ook wanneer wordt aangenomen dat een werkgever bij toekenning van een bonus een volledig discretionaire bevoegdheid heeft, betekent dat niet dat in een procedure waarin aansprakelijkheid van de werkgever wordt aangenomen omdat hij een bonus-genererende activiteit aan de werknemer heeft ontnomen, door de rechter moet worden aangenomen dat geen bonus zou zijn toegekend alleen omdat de werkgever stelt dat deze, de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis weggedacht, op nihil zou zijn gesteld. In elk geval in een setting als hier aan de orde zal de werkgever ten minste enige uitleg moeten geven voor zijn stelling dat geen bonus zou zijn toegekend. De bank heeft die uitleg evenwel niet gegeven.’

De A-G had in onze ogen scherper kunnen zijn, nu de pure discretionaire bevoegdheid van het wel of niet toekennen van een bonus niet aan de orde was, terwijl elke daaropvolgende voorwaarde onderhevig is aan het goed werkgeverschap. Dat dan in de casus van de Royal Bank of Scotland enige uitleg door de bank had moeten worden gegeven, was wel het minste dat er had moeten gebeuren. Het gaat

94 HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1542, JAR 2014/192 (Sinia/Royal Bank of Scotland).

95 Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2014:376, rn. 6.26.2.

immers niet alleen om zorgvuldigheid, maar ook om zuiverheid van oogmerk en motivering, zoals we hierboven zagen. De bank had niet alleen inzicht moeten geven en moeten uitleggen, maar de gegeven uitleg had ook beoordeeld kunnen worden op zuiverheid van oogmerk. De beslissing diende voorts te kunnen worden gedragen door de, door de bank (niet) gegeven, motivering.

2.11.8 De invulling van goed werkgeverschap

Verscheidene hoven, in hun uitspraken over bonussen, hebben, hoewel er zeker verschillen zijn in hun aanpak, een aanzienlijke consistentie betracht in hun oordelen dat de weigering een bonus toe te kennen (inclusief het aan een bonus voorwaarden verbinden) aan goed werkgeverschap getoetst moet worden.

Het duidelijkst is het gerechtshof 's-Hertogenbosch,⁹⁶ dat van oordeel is dat het weliswaar gaat om een discretionaire bevoegdheid van de hoogste baas in de onderneming, maar dat ook die bevoegdheid dient te worden getoetst aan goed werkgeverschap. In het geval van het gerechtshof Amsterdam⁹⁷ ging het om een discretionaire bevoegdheid die niet lag in de toekenning van de bonus ('Employee is entitled to bonus'), maar in de hoogte van de bonus ('The amount is determined on a discretionary basis'). Door aan de toekenning van de bonus de voorwaarde te stellen dat de werknemer dat jaar geen ontslag zou nemen, handelde de werkgever niet in strijd met goed werkgeverschap. En het gerechtshof in Amsterdam in 2013⁹⁸ spreekt niet van goed werkgeverschap, maar over een beperking in de beslissingsvrijheid. Een beperking in de beslissingsvrijheid in de vorm van een rekenmethode, zodat voor iedere werknemer kon worden bepaald op welk bedrijfsresultaat en welk bedrag hij in beginsel aanspraak kon maken. Het hof vulde het goed werkgeverschap, ter beoordeling van de voorwaarden die aan een bonus werden verbonden (namelijk een heel jaar in dienst blijven), in met (1) een hogere bonus dan eerdere bonussen, (2) de gebruikelijkheid van de voorwaarden binnen de onderneming en (3) het redelijk doel van de voorwaarden, te weten het behouden van werknemers.

2.11.9 Cicurel/Alcatel: het optievervalbeding

Kenmerkend voor deze zaak is dat de Hoge Raad⁹⁹ geen echte keuze maakt tussen de normen waaraan een optievervalbeding getoetst moet worden. De rechtbank had in eerste instantie de beperkende werking aangenomen, en het hof heeft kennelijk niet de beperkende werking, maar de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid als toets genomen.

Een president-directeur kreeg 19.000 opties op aandelen Alcatel toegekend, in de vorm van twee optieovereenkomsten. Beide bepaalden dat indien het dienstverband eindigt op een andere grond dan overlijden, arbeidsongeschiktheid of pensioen, de opties onmiddellijk vervallen, terwijl de optiehouder dan geen recht heeft op enige schadevergoeding. De gewraakte zinsnede luidt letterlijk: '(...)

96 Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:405.

97 Hof Amsterdam 6 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2037.

98 Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1094.

99 HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:AG2229, JAR 1998/183.

Upon (...) termination of (...) employment for any reason other than those specified (...) above (...) outstanding Options shall be immediately cancelled (...) The beneficiary shall not be entitled to any indemnity.’ Grote onenigheid bestond tussen partijen over het antwoord op de vraag of de arbeidsovereenkomst terecht beëindigd was wegens ‘fautes graves’. De rechtbank heeft geoordeeld dat in beginsel moet worden aangenomen dat de opties zijn vervallen. Dat is slechts anders wanneer toepassing van het vervalbeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank en het hof hebben als de kern van het geschil beschouwd het antwoord op de vraag of de werknemer aan de werkgever aanleiding heeft gegeven tot beëindiging van de dienstbetrekking. Dat is het geval. De redelijkheid en billijkheid staan dan niet in de weg aan strikte toepassing van het vervalbeding. Het hof heeft verder, oordelend over het antwoord op de vraag of de redelijkheid en billijkheid in de omstandigheden van het geval in de weg staan aan strikte toepassing, rekening gehouden met de omstandigheden van het geval, waaronder maatschappelijke en persoonlijke belangen van partijen, waarop zij zich hebben beroepen. Wordt het optievervalbeding verder gezien als een ontbindende voorwaarde, dan is de ontbindende voorwaarde vervuld.

De A-G vond dat het enkel vermelden dat acht is geslagen op alle factoren ontoereikend is, omdat een afweging van allerhande factoren van uiteenlopende aard en van verschillend gewicht meer moet zijn dan het uitspreken van een machtswoord. Het hof had in de ogen van de A-G ‘wel erg apodictisch’ geoordeeld.

Voor de toets van een optie(verval)beding zijn dus twee mogelijkheden denkbaar. De eerste is de toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets. De tweede mogelijkheid is de gewone redelijkheid en billijkheid. Uit *Cicurel/Alcatel* valt op te maken dat in het tweede geval de rechter rekening moet houden met de omstandigheden van het geval, waaronder de maatschappelijke en persoonlijke belangen van partijen, waarop deze zich hebben beroepen. In dit geval overleeft het arrest van het hof cassatie met de rechtsoverweging (r.o. 4.4): ‘dat de redelijkheid en billijkheid in de omstandigheden van het geval [niet] in de weg stonden aan strikte toepassing van artikel 7 (d)’.

Dat is in onze ogen erg onbevredigend. Wanneer (aanvullende) redelijkheid en billijkheid worden gelijkgesteld met het aanvullende goed werkgeverschap, dan zullen ook evenredigheid, subsidiariteit, zuiverheid van oogmerk en motivering een rol moeten spelen. Dat geldt ook voor het gelijkheidsbeginsel. De A-G in de zaak *Cicurel/Alcatel* zegt daarover¹⁰⁰ dat een of meer andere voormalige managers wel in de gelegenheid zijn gesteld hun opties na beëindiging van de dienstbetrekking uit te oefenen, dat die omstandigheid door de rechtbank niet is vermeld, en dat uit niets blijkt dat het hof daarop acht heeft geslagen.

In het kader van de evenredigheidstoets wijzen wij nog op de opmerkingen in randnummer 3.14 van de conclusie van de A-G, dat een moeilijk te rechtvaardigen onderscheid zou kunnen ontstaan tussen werknemers die wegens een reorganisatie (vervroegd) worden gepensioneerd en zij die vanwege hun leeftijd daarvoor net niet in aanmerking komen. Maar, zo voegen wij eraan toe, wel vanwege reorganisatie ontslagen worden. Ook zou de vraag kunnen worden gesteld

100 Conclusie vóór HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:AG2229, JAR 1998/183, rn. 4.4.

waarom de in beginsel geheel voor risico van de werkgever komende reorganisatie niet voorkomt in het rijtje overlijden, arbeidsongeschiktheid en pensioen.

2.12 Provisie, jubileumuitkering, toeslagen, hypotheekrentekorting

Na de bespreking hierboven van de zogenoemde discretionaire bevoegdheid, door ons teruggebracht tot ‘een zekere beslissingsbevoegdheid’ van de werkgever en de wijze waarop die moet worden beoordeeld (volledige vrijheid, goed werkgeverschap), komen hieronder andere bestaande vormen van het loon voorbij, zoals provisie, jubileumuitkering, ploegentoeslag, onregelmatigheidstoeslag en hypotheekrentekorting, maar ook honoreringssystematiek (de wijze waarop loon moet worden bepaald). Bij de beoordeling door de rechter van deze diverse loonvormen komt de discretionaire bevoegdheid van de werkgever niet meer voor, maar spelen de artikelen 7:613 en 7:611 BW de hoofdrol.

Artikel 6:248 lid 2 BW (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) en ook artikel 6:258 BW (wijziging van een overeenkomst vanwege imprévision ofwel onvoorziene omstandigheden) zijn uit zicht verdwenen. Zij hebben hun betekenis voor de benadering van de wijziging van arbeidsvoorwaarden verloren. Maar er zal rekening mee moeten worden gehouden dat met name de imprévisionregeling weer een rol gaat spelen na de recente coronacrisis.

Zoals wij hierboven verdedigden, is het verschil tussen artikel 7:613 en 7:611 BW in veel gevallen niet meer zo substantieel dat een zware discussie plaats moet vinden over welke norm van toepassing is. Uit de door ons hieronder te behandelen loonvormen zal blijken dat een veelheid van uitkomsten mogelijk is, maar wel voortdurend aan de hand van dezelfde afweging. Waar nodig zullen wij enkele bijzonderheden en nuances nader bespreken.

2.12.1 Provisie

Aan de toepassing van een provisieregeling zijn voor werkgevers en werknemers risico's verbonden. Wanneer de beloning te gering is in verhouding tot de te leveren prestatie, maar ook in het geval de beloning te hoog is in verhouding tot de te leveren prestatie, ontbreekt een adequate prikkel om de prestaties van werknemers te beïnvloeden. Is daarmee het handhaven van een juiste verhouding tussen prestatie en beloning een zwaarwichtig belang of een gelegitimeerde veranderingsreden voor de werkgever?

Voor de werknemer is van belang dat de beloningscomponenten van vast salaris en provisie in een redelijke verhouding tot elkaar staan. Wanneer de provisie een te groot bestanddeel uitmaakt van de totale verdiensten van de werknemer, bestaat het risico van een aanzienlijke daling door al dan niet voorziene omstandigheden van het provisiedeel van het salaris, wat zeer ingrijpende en nadelige gevolgen heeft. Een werkgever die een onbedoeld en excessief voordeel voor de werknemer – voor een deel – wenst te corrigeren, kan daarom bij dat streven zwaarwichtig belang hebben, terwijl het belang van de werknemer daarvoor moet wijken. Dat geldt ook voor de werknemer die enige jaren een bepaalde afrekening en verrekening in een zogenoemde cautieregeling heeft aanvaard en daar later op terugkomt.

De rechtbank in Utrecht¹⁰¹ diende de eenzijdige wijziging van een provisie-regeling te beoordelen. De wijziging had uitsluitend betrekking op bedrijfs-spaarregelingen. Deze werden als gevolg van fiscale voordelen op grote schaal, praktisch collectief, verkocht. Ze werden beloond met individuele provisietarieven van 11,5%. De werkgever, een verzekeringsmaatschappij, verlaagde het provisietarief tot 5,57%.

In een tweede – door een verrekenbeding bijzondere – kwestie, die speelde bij de kantonrechter in Arnhem, is in de arbeidsovereenkomst tussen partijen een eenzijdige-wijzigingsbeding opgenomen. De werkgever vorderde van de werknemer een bedrag terug op grond van een regeling om de door een voormalige werknemer tijdens het dienstverband ontvangen voorschotprovisie voor het afsluiten van verzekeringen na het einde van het dienstverband te verrekenen, indien en voor zover de afgesloten verzekeringen binnen twee jaar na het einde van het dienstverband geroyeerd zouden worden. De discussie spitst zich toe op de aanwezigheid van een zwaarwichtige reden. De kantonrechter overweegt dat bedrijfseconomische en bedrijfsorganisatorische omstandigheden een rol kunnen spelen, maar ook de wens om te komen tot een nieuwe, uniforme, collectieve regeling. Tegenover de wens om verschillende beloningsregelingen te harmoniseren staat het belang van de werknemer die niet heeft aangetoond dat hij door de invoering van de nieuwe regeling erop achteruitgegaan is. Bovendien heeft de OR met de regeling ingestemd en heeft de werknemer ten tijde van de invoering van de regeling geen bezwaar gemaakt en van 1996 tot 2000 de berekening en afrekening overeenkomstig de nieuwe methode aanvaard.

In een derde, in 2015 spelende, kwestie tussen een verzekeringsbemiddelaar en een aantal werknemers over een verlaging van de provisie was niet de toepassing van artikel 7:613 of 7:611 BW aan de orde, maar de gebondenheid van werknemers aan een cao, gesloten tussen de werkgever en (alleen) de vakbond De Unie.¹⁰² Wij behandelden die zaak hierboven, bij de reikwijdte van het 613-beding.

2.12.2 Jubileumuitkering

Bij een beoordeling van de wijziging van een jubileumuitkering (bij een 25-jarig of 40-jarig dienstverband) speelt minder dan bij loon dat de gevolgen voor de werknemer te ernstig zijn, in de zin dat zij een te groot loonoffer vergen. Het gaat vaak om een dag vrij. Dat leidt ertoe dat wanneer een eenzijdige-wijzigingsbeding tussen werkgever en werknemer is overeengekomen, meer aandacht wordt besteed aan de zwaarwichtige reden van de werkgever. In de situatie dat de OR de belangrijkste overlegpartner is (en dat de vakbonden naar de zijlijn zijn geschoven), kan de weigering van de OR om instemming te verlenen op zich al een (belangrijke) indicatie zijn dat een zwaarwichtige reden (in de zin van art. 7:613 BW) ontbreekt. Maar ook de wijze waarop de werkgever zijn voorstel onderbouwt en uitwerkt, vormt onderdeel van de beoordeling van de aanwezigheid van een zwaarwichtige reden. Die onderbouwing kan geheel afwezig zijn, maar ook, met name financieel, niet overtuigen. Wordt, bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding, doorgezakt naar toepassing van het *Stoof*

101 Rb. Utrecht 26 januari 2000, ECLI:NL:RBUTR:2000:AG5250, JAR 2000/60.

102 Hof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1701.

Mammoet-arrest, dan kan zowel de eerste trap (de aanleiding) als de tweede trap (de redelijkheid van het voorstel) reden vormen voor de rechter om het voorstel in strijd met goed werkgeverschap te achten. In de beide gevallen die in de rechtspraak over de jubileumuitkering aan de orde zijn geweest, klinkt door dat een werkgever die een jubileumuitkering wil inruilen voor een scholingsbudget, het verwijt krijgt van een niet geheel zuiver oogmerk dan wel gebrek in de motivering. De kantonrechter in Amsterdam noemt dat het ‘betrekkelijk willekeurig schrappen’ van een arbeidsvoorwaarde en het Amsterdamse hof spreekt van een ‘niet logisch, inhoudelijk, verband’. Daar komt bij dat in beide gevallen dezelfde uitruil plaatsvond (jubileumuitkering versus scholingsbudget) en duidelijk was dat die uitruil diametraal tegenover elkaar staande belangen binnen de onderneming betrof. Het nieuwe scholingsbudget zou met name jongere medewerkers, die sneller een andere baan zouden kunnen vinden, wat ook in het voordeel was van de werkgever, bevoordelen, terwijl de afschaffing van de jubileumuitkering met name oudere, geruime tijd bij de onderneming in dienst zijnde, werknemers betrof.

De arbeidsvoorwaardengids van Atos Nederland bepaalt dat de werkgever het 25- en 40-jarig dienstjubileum kent, dat de werknemer bij het bereiken van een 25- en 40-jarig dienstjubileum een dag respectievelijk twee dagen betaald verzuim kan opnemen, en dat de jubileumuitkering bij 25 jaar een maandsalaris netto is en bij een 40-jarig dienstjubileum ook een maandsalaris netto. De werkgever wil deze regeling versoberen en heeft daartoe bij de COR een verzoek om instemming neergelegd. Het bedrijf heeft er, voorafgaand aan deze instemmingsaanvraag, voor gekozen om de arbeidsvoorwaarden voortaan niet meer met de vakorganisaties te regelen maar met de COR overeen te komen. De COR stemt niet in en heeft ook de nietigheid ingeroepen van het besluit van de ondernemer om het extra maandsalaris te laten verdwijnen (en om te zetten in een scholingsrecht). De kantonrechter¹⁰³ vindt het ontbreken van de instemming op zichzelf een indicatie van het ontbreken van een zwaarwichtig belang. Verder vindt de kantonrechter het voorstel dusdanig onuitgewerkt dat het belang van de werknemers bij handhaving van de jubileumuitkering in redelijkheid niet zou behoeven te wijken. De stelling van de werkgever dat het nadeel van de betrokkenen (oudere werknemers) zodanig laag is door toepassing van de bruto/netto-berekening en dat om die reden de COR zou hebben moeten instemmen, volgt de kantonrechter niet omdat de zwaarte van het belang van de werkgever doorslaggevend is, waarbij het niet alleen gaat om het geldelijk nadeel, maar ook om de vraag of zeker en duidelijk is op welke wijze de vrijgevallene jubileumuitkering per individu zullen worden besteed. De kantonrechter past ook, subsidiair, *StooffMammoet* toe en concludeert dat het betrekkelijk willekeurig schrappen van een bepaalde arbeidsvoorwaarde waarvan uit de aard der zaak precies die werknemers profiteren die lange tijd in dienst zijn en dus van gevorderde leeftijd, niet in overeenstemming is met de eisen van goed werkgeverschap.

Dit laatste argument, waarin de positie van de oudere werknemer tegenover die van de jongere werknemer binnen de onderneming wordt geplaatst, komt nog

¹⁰³ Rb. Amsterdam (ktr.) 28 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2301.

zuiverder naar voren wanneer de werkgever als zwaarwichtige reden aanvoert dat een modernisering van de arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming noodzakelijk is. Interessant is dat de vakbonden niet altijd afkerig zijn van zo'n modernisering. De vraag is dan hoe de positie is van één werknemer of enkele individuele werknemers die de aantasting van hun jubileumuitkering aanvechten. Tussen werkgever en werknemer is geen eenzijdige-wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW overeengekomen.

De door de werkgever aangevoerde aanleiding voor de door hem beoogde afschaffing van de jubileumuitkering is geplaatst in de sleutel van de door de werkgever en de vakbonden beoogde modernisering van de arbeidsvoorwaarden. De werkgever stelt dat de bonden hem hebben gevraagd om meer te investeren in de interne en externe arbeidsmarktpositie van de medewerkers, dat de werkgever heeft aangegeven dat het employabilitybudget, dat daartoe dient, alleen beschikbaar kon worden gesteld als de jubileumuitkering zou vervallen, dat er een ruime overgangstermijn heeft gegolden, dat het zonde was om geld te reserveren voor een uitkering waarop de aanspraak voor werknemers geheel niet zeker is, althans dat het belang van de aanspraak per werknemer verschilt, dat de jubileumuitkering voor werknemers een arbeidsvoorwaarde van relatief ondergeschikt belang is, en dat de werkgever de aanspraken van de werknemers in geval van een jubileum niet geheel heeft afgeschaft.

Naar het oordeel van het hof¹⁰⁴ is er geen logisch, inhoudelijk, verband gebleken tussen het instellen van het employabilitybudget en het afschaffen van de jubileumuitkering. De achterliggende gedachte van de werkgever lijkt te zijn dat het employabilitybudget werknemers in staat stelt zich een betere positie op de arbeidsmarkt te verwerven en dat de instelling ervan daarom tot minder lange dienstverbanden zal leiden, maar dat strookt niet met de ook door de werkgever verdedigde stelling dat de, veelal oudere, werknemers die meer belang hechten aan de jubileumuitkering niet dezelfde zijn als de, veelal jongere, werknemers die meer belang toekennen aan de voorzieningen die gefinancierd worden met het employabilitybudget. Voorts heeft de werkgever naar het oordeel van het hof niet aannemelijk gemaakt dat het afschaffen van de jubileumuitkering nodig is met het oog op de door hem en de bonden, mede door het instellen van het employabilitybudget, beoogde modernisering van zijn personeelsbeleid. Ten derde acht het hof van belang dat met de afschaffing van de jubileumuitkering een besparing is gemoeid die (tot nu toe) een veelvoud belooft van de uitgaven gemoeid met het instellen van het employabilitybudget. De door de werkgever gelegde relatie overtuigt reeds daarom ook in financiële zin niet. Dat de instelling van het employabilitybudget de werkgever financieel zou nopen tot de afschaffing van de jubileumuitkering is niet (gemotiveerd) gesteld of gebleken en ligt ook in het geheel niet voor de hand, omdat de met de jubileumuitkering gemoeide jaarlijkse uitgaven in het niet moeten vallen bij de totale loonsom van de werknemers. Ten slotte slaat het hof acht op de langjarig gewekte verwachtingen die bij, met name oudere, werknemers met een lang dienstverband zijn gewekt dat zij na 25 en 40 jaar dienstverband in aanmerking zouden komen voor een jubileumuitkering, en op de omstandigheid dat de jubileumuitkering het totaal van de aanspraken

104 Hof's-Hertogenbosch 22 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:178, JAR 2019/53.

van werknemers op grond van RAV 450 in financiële zin domineert. Gelet op deze omstandigheden is het voorstel van de werkgever tot afschaffing van de jubileumuitkering niet redelijk. De getroffen overgangsregeling doet daaraan, gezien die omstandigheden, naar het oordeel van het hof niet af. Aanvaarding van dit voorstel kon in redelijkheid niet van de bonden of van individuele werknemers worden gevergd.

Het hof pas niet één, maar vier op goed werkgeverschap en de noodzakelijke aanwezigheid van een goede aanleiding geënte beginselen toe. Zowel het beginsel van de zuiverheid van oogmerk als het beginsel dat het voorstel (of het al genomen besluit) van de werkgever gedragen wordt door de motivering, en ook het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel worden in stelling gebracht.

2.12.3 Hypotheekrentekorting

Een heel speciale arbeidsvoorwaarde bestaat bij de banken. Het betreft een zogenoemde hypotheekrentekorting. De werknemer krijgt gedurende het dienstverband, maar ook na pensionering en bij arbeidsongeschiktheid, de mogelijkheid van een zogenoemde personeelskorting op een hypotheek op een door hem gekocht huis (in 2006: 30 jaar tegen een rente van 1,55% in plaats van 3,30% per jaar). Zoals zuiverheid van oogmerk en een behoorlijke motivering onderdeel kunnen zijn van de beoordeling van de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang, zo kan ook het subsidiariteitsbeginsel een rol spelen. Bij het zwaarwichtig belang van de werkgever om een bezuiniging door te voeren in de vorm van een groot en breed pakket (en de 'kaasschaafmethode' toe te passen) kan van de werkgever worden gevergd minder ingrijpende maatregelen te nemen of een andere oplossing te zoeken dan de voorgedragene. Het gerechtshof in Arnhem¹⁰⁵ wilde hier evenwel niet aan.

De bank diende, vlak na de intrede van de kredietcrisis in 2008, aanzienlijke bezuinigingen door te voeren. Het totaalpakket aan maatregelen op alle gebieden moest een besparing opleveren van € 100 miljoen. De wijziging van de hypotheekrentekorting was een onderdeel daarvan. Uiteindelijk bleek de wijziging van die regeling een besparing op te leveren tussen € 1 miljoen en € 1,5 miljoen per jaar.

De andere maatregelen die de bank nam om de € 100 miljoen te bereiken, waren het terugbrengen van het risicoprofiel van de beleggingsportefeuilles, de aanpak van de productvoorwaarden, zoals minder garantie op producten, waardoor er minder kapitaalsbeslag plaatsvond, de (bijna-)stopzetting van koopsompolissen, besparingen op het ICT-budget en ook de arbeidsvoorwaarden, waaronder afscheid van variabele beloningen en geen winstdeling, zowel voor management als cao-personeel, en ook (dus) geen hypotheekrentekorting.

De 'finance manager kosten en staven' had verklaard, in het kader van een door het hof aan de bank opgedragen bewijs, dat er een zwaarwichtig belang was, omdat door de afschaffing van de hypotheekrentekorting kosten bespaard zijn,

¹⁰⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5377 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1169.

hetgeen een positief effect heeft gehad op de concurrentiepositie: '[E]lke euro die wij besparen behoeven wij minder in rekening te brengen bij onze klanten.'

Het hof oordeelde, zonder een bijzondere motivering, dat het gerechtvaardigd is om te besparen op de kosten van de hypotheekrenteregeling, zelfs als dat in vergelijking met andere kostenbesparingen slechts een klein deel van de totaal beoogde besparing bedroeg, en zelfs al zijn in 2012 en 2013 weer positieve resultaten door het bedrijf geboekt. Met een kritische toepassing van het subsidiariteitsbeginsel had een andere uitkomst evenzeer in de rede gelegen.

2.12.4 Onregelmatigheidstoeslag

De onregelmatigheidstoeslag, ook wel vaak afgekort met de naam ORT, is regelmatig onderwerp van discussie in de rechtspraak.¹⁰⁶ Een te forse wijziging van de onregelmatigheidstoeslag kan voor een werknemer een zeer substantiële vermindering van het salaris betekenen. Een door een werkgever eenmalige afkoopsom vormt niet altijd voldoende compensatie. Het aanbod ervan kan onvoldoende relevant zijn om alsnog tot het bestaan van een zwaarwichtige reden te concluderen die het belang van de werknemer opzijzet.

De werkgever, Ambulancezorg, had in een overzicht berekend dat bij een ORT-percentage van 20% de aanspraak van de werknemer nog altijd meer dan € 600 bruto per maand was, terwijl de gemiddelde ORT net iets meer dan € 500 bruto bedroeg. Gedurende de procedure werd duidelijk dat, ten gevolge van de overbezetting op de meldkamer, de daadwerkelijke ORT veel lager lag. De kantonrechter¹⁰⁷ komt, gelet op het salaris van de werknemster (€ 2729,29 bruto per maand, in 2006), tot de conclusie dat de arbeidsvoorwaarden door de eenzijdige wijziging een zeer substantiële vermindering ondergaan, waaraan de eenmalige afkoopsom slechts zeer ten dele tegemoetkomt.

2.12.5 Honoreringssystematiek (van vast en variabel salaris)

De wijze waarop het salaris of de beloning wordt vastgesteld (de salaris- of honoreringssystematiek), vormt een arbeidsvoorwaarde. Indien een eenzijdige-wijzigingsbeding aanwezig is, zal de werkgever een zwaarwichtige reden moeten aanvoeren, als de gevolgen voor de werknemer niet meteen al veel te groot zullen zijn. Is er geen eenzijdige-wijzigingsbeding, dan zal de eerste trap in de *Stoof/Mammoet-raket* (de aanleiding om tot een voorstel te komen) tot debat kunnen leiden.

Het verschil tussen de zogenoemde prestatiebekostiging op basis van DBC (diagnose-behandelcombinaties) en een zogenoemd HB (honorariumbudget) leidde tot een conflict tussen het Amsterdamse ziekenhuis OLVG en de medisch specialisten.¹⁰⁸ Een eenzijdige-wijzigingsbeding is niet tussen partijen overeen-

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld alleen al in 2016: JAR 2016/221, JAR 2016/238 en JAR 2016/246.

¹⁰⁷ Rb. Assen (ktr.) 30 oktober 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ1349, RAR 2007/20.

¹⁰⁸ Hof Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1758, RAR 2014/148.

gekomen. Wordt dan vervolgens de toets van het *Stoof/Mammoet*-arrest toegepast, dan leidt dat ertoe dat, voordat het ziekenhuis als goed werkgever een voorstel kon doen, het op de weg van de werkgever had gelegen aan te tonen dat er geen andere mogelijkheden waren om aan de volgens de werkgever dreigende problemen het hoofd te bieden. Ook heeft het voorstel van het ziekenhuis tot gevolg dat de werknemer als lid van de unit cardiologie in feite ondernemingsrisico draagt en bij de hoogte van zijn beloning gebonden wordt aan beslissingen die door een unit worden genomen. Dit is in strijd met de omstandigheid dat in 1997 de gedeeltelijk vrij gevestigde specialisten in loondienst gingen werken, met de status dus van werknemer. En ten slotte overweegt het hof dat in hoger beroep door het ziekenhuis een beroep is gedaan op het belang bij handhaving van een goede concurrentiepositie op de arbeidsmarkt van specialisten, maar dat dit geen omstandigheid is die het ziekenhuis redelijkerwijs aan de werknemers kan tegenwerpen, nog daargelaten dat het dit niet heeft aangevoerd ten tijde van het aanbod.

Het komt ons voor dat het hof een nieuw criterium invoert, te weten wat een werkgever moet doen vóórdat hij een voorstel doet. Als de door het hof gebezigde voldoende inzichtelijkheid moet worden uitgelegd als een fase die voorafgaat aan het doen van een voorstel door de werkgever aan de werknemer, dan kan dat allicht leiden tot een vierde stap in de drietrapsraket van het *Stoof/Mammoet*-arrest. We denken dat het hof waarschijnlijk het oog heeft gehad op de uitwerking van het subsidiariteitsbeginsel in de fase van het doen van het voorstel. Dat valt ook onder de eerste trap in de drietrapsraket, te weten dat er een gereede aanleiding moet zijn voor de werkgever.

Voor wat betreft de omstandigheid dat wanneer een argument in de procedure wordt gebezigd dat nog niet is aangevoerd ten tijde van het aanbod, dit niet hoort, krijgt het overleg de trekken van de wijze waarop een ondernemer met zijn OR moet omgaan. Het gerechtshof in Amsterdam, maar dan de Ondernemingskamer, meent dat de OR al zijn bezwaren moet indienen voordat de ondernemer het besluit (waarvan beroep kan worden ingesteld) neemt, en dat nadien kenbaar gemaakte bezwaren geen rol meer mogen spelen in de procedure bij de Ondernemingskamer. Het beleid bestaat al sinds 1987¹⁰⁹ en maakt het debat voor de rechter in elk geval overzichtelijker. Maar dat niet alleen. Het debat tussen werkgever en werknemer wordt zuiverder, omdat niet in een (te) laat stadium nog argumenten worden uitgewisseld die niet echt onderwerp van gesprek zijn geweest. Omdat het arrest *Stoof/Mammoet* een uitwerking is van het *Taxi Hofman*-arrest, waarin het debat tussen werkgever en werknemer van groot belang werd geacht, is de stellingname van het hof zonder meer interessant te noemen. Ze kan worden opgevat als een uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel in de voorbereiding van het besluit.

109 Hof Amsterdam (OK) 12 maart 1987, ROR 1987/10 (*Riagg*), vervolgens Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1988, ECLI:NL:GHAMS:1988:AD0398, NJ 1989/461 (*Philips*) en Hof Amsterdam (OK) 17 augustus 2007, JAR 2007/244 (*Open Universiteit Nederland*). Zie ook L. Sprengers, R. Hampsink & R. van der Stege, *Rechtspraak Wet op de ondernemingsraden (Actualiteiten sociaal recht 31)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 66.

2.12.6 Ploegentoeslag

Hierboven (par. 2.6.2) zagen wij dat een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:613 BW niet alleen aan de hand van een kwalificatie kan plaatsvinden (loon, vakantie en arbeidsduur zijn een arbeidsvoorwaarde, maar zijn de leaseauto, het rooster of de bonusuitkering dat ook?), maar ook aan de hand van uitleg of door opgewekte verwachtingen en toezeggingen, die wel of niet tot een verworven recht hebben geleid.

Zo'n volgens de werknemers aanwezig verworven recht deed zich voor in de zaak tussen de elektriciteittransporterende netbeheerder Tennet en zijn in volcontinuïdient werkende senior bedrijfsvoerders, die een ploegentoeslag van 30% ontvingen. Tennet week daarmee af van de cao en wilde die weer netjes gaan volgen. Dat leidde tot lagere toeslagen. Het hof¹¹⁰ paste de gezichtspunten van het Hoge Raad-arrest *PontMeyer*¹¹¹ toe en vond niet dat er sprake was van een verworven recht, in die zin dat er geen van het rooster onafhankelijke toeslag aan de werknemers was en werd toegekend en evenmin dat er een vaste ploegentoeslag bestond. Bij de beoordeling van de zwaarwichtigheid tegenover het te wijken belang van de werknemer weegt het hof mee dat de ploegentoeslag in zijn ogen geen arbeidsvoorwaarde is geworden. Verder wijst het hof op het lange traject van overleg met de OR en op een afbouwregeling die aanmerkelijk is uitgebreid om de financiële gevolgen te beperken, ook al zijn de financiële gevolgen voor de werknemers in sommige gevallen ingrijpend.

De zinsnede in het arrest van het hof 'dat de ploegentoeslag die werknemers ontving [sic] geen arbeidsvoorwaarde is (geworden)', is in zoverre ongelukkig dat wanneer er geen sprake is van een arbeidsvoorwaarde, de wijziging van de ploegentoeslag ook niet beoordeeld had kunnen worden in het kader van artikel 7:613 BW. Dat artikel spreekt immers van 'een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde'. Die is er volgens het hof niet. Des te opmerkelijker is dat het hof de kantonrechter terechtwijst in de toepassing van artikel 7:611 BW en het arrest *StooffMammoet* (r.o. 2.11 eindarrest). Waarschijnlijk moet het ervoor worden gehouden dat het hof niet heeft bedoeld wat het opschrijft, maar dat er in de casus twee arbeidsvoorwaarden aan de orde zijn, te weten een in de zin van artikel 7:613 BW (de ploegentoeslag zoals hij in de cao voorkomt) en een in de zin van de van de cao onafhankelijke ploegentoeslag, zoals door de werknemers uitgelegd en verdedigd, maar door het hof niet aanwezig bevonden.

Wordt de uitspraak zo (met twee 'soorten' arbeidsvoorwaarden) geïnterpreteerd, dan is ook begrijpelijk dat wanneer de werkgever de cao naar behoren en netjes wil kunnen nakomen en ook de voorschriften uit de Arbeidstijdenwet (ATW) netjes wil volgen, die aanpassing ook uitgevoerd moet kunnen worden en dat het kennelijk vóór die tijd in strijd met de cao en wet bestaande beleid wordt bijgesteld. In zo'n geval is in onze ogen de benadrukking van een goede over-

¹¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4757, JAR 2019/196.

¹¹¹ HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, JAR 2018/183.

gangsregeling in het kader van de belangenafweging ingevolge artikel 7:613 BW gerechtvaardigd.

Het lange traject met de OR kan op zichzelf een voldoende argument zijn. In de lengte van een traject zit evenwel niet altijd zonder meer voldoende zorgvuldigheid, nog afgezien van de omstandigheid dat aan de lengte van het traject niet wordt toegekomen indien de gevolgen van de werknemers te groot zijn (zie verder *Fair Play*). Dat kan ook voor een ploegentoeslag gelden, omdat deze in het geval van de volcontinuïdient een behoorlijke slok op een borrel scheelt (vooral wijziging van bij een vaste continuïdient van 33,6 uur met 30% toelage naar daadwerkelijke roosterzwaarte).

2.12.7 Dertiende maand

De dertiende maand is een emolument dat vaak in een cao is overeengekomen. De wijziging of afschaffing ervan die ook in een cao is overeengekomen, zal – bij de aanwezigheid in een individuele arbeidsovereenkomst van een eenzijdige-wijzigingsbeding – langs de lat worden gelegd die wij hierboven in paragraaf 2.2 hebben besproken. De dertiende maand is een primaire arbeidsvoorwaarde die, met het verschil dat het niet in de wet is neergelegd, vergelijkbaar is met de vakantiebijslag. In de rechtspraak is er nauwelijks iets over de dertiende maand te vinden. En de kwestie die door het gerechtshof Amsterdam¹¹² is beoordeeld in 2016 ging niet over het antwoord op de vraag of afschaffing van de dertiende maand (en ook de in het kader van een fusie tussen de Amsterdamse woningbouwverenigingen Patrimonium en Rochdale spelende eindejaarsuitkering en een prestatietoeslag) door een zwaarwichtig belang van de werkgever werd gevorderd, maar speelde tussen OR en ondernemer, met als inzet of de OR had mogen begrijpen dat er geen sprake was van afschaffing maar van wijziging.

2.12.8 Periodieken

Periodieken, ook wel schaalstappen genoemd, hebben wij in paragraaf 2.11.5 besproken bij het derde voorbeeld van een (vermeende) discretionaire bevoegdheid van de werkgever bij de toekenning van bepaalde ‘arbeidsvoorwaarden’. Daar komt ook de uitspraak van de Haarlemse kantonrechter¹¹³ over periodieken en de discretie van de werkgever aan de orde.

2.13 Het belang dat moet wijken en informatie

De afweging die, bij de toepassing van het bepaalde in artikel 7:613 BW, moet plaatsvinden tussen het zwaarwichtig belang van de werkgever en het belang van de werknemer dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken, kent diverse vormen en resultaten. Een bijzondere afweging, die onze aandacht verdient, is dat bij de grote besparing bij ASR, waarbij onder andere de hypotheekrentekorting voor de gepensioneerden en later ook alle werknemers

¹¹² Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:640, JAR 2016/89.

¹¹³ Rb. Noord-Holland (ktr.) 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6762, JAR 2016/155.

verdween, niet alleen werd afgewogen wat de hypotheeklastenstijging voor een individuele werknemer betekent en hoe groot de schade kan zijn over de gehele looptijd van de hypotheek, maar ook dat wanneer de werknemer kort tevoren met pensioen is gegaan, hij niet geïnformeerd is over de voorgestelde besparingen. Zou dat wel zijn gebeurd, dan had hij kunnen besluiten eerder met pensioen te gaan, waardoor hij de schade niet zou hebben geleden. Het gerechtshof Arnhem heeft over dit verweer geoordeeld dat de werknemer de bank niet verweten had dat deze voor de werknemer informatie ‘onder de pet heeft gehouden’ in verband met de afweging van de te kiezen pensioendatum. Het hof spreekt slechts van een (ongelukkige) samenloop van omstandigheden. Dan is niet geheel duidelijk wat het hof bedoeld heeft met ‘onder de pet houden’, maar indien bij het verstrekken van informatie tot uitgangspunt wordt genomen dat de werkgever de verplichting heeft bij ingrijpende maatregelen de werknemer ervan op de hoogte te stellen dat deze eraan komen, zodat hij tijdig maatregelen kan nemen, dan is niet van belang dat er een vorm van misleiding heeft plaatsgevonden, maar wel dat zwijgen in die omstandigheden niet gepast was. Overigens komt deze vorm van verplichte informatieverschaffing in het arbeidsrecht ook voor bij overgang van onderneming en bij pensioenrechtelijke vraagstukken.¹¹⁴

2.14 Vakantie

Een voorbeeld van een eenzijdige wijziging van de vakantieaanspraken van de werknemer op grond van artikel 7:613 en 7:611 BW is in de Nederlandse jurisprudentie nauwelijks te vinden. Zeer bijzondere gevallen nagelaten komt een van de werkgever uitgaande eenzijdige wijziging van vakantieaanspraken niet voor.¹¹⁵ Toch wijden wij enige woorden aan de mogelijkheid om via artikel 7:613 of 7:611 BW tot eenzijdige wijziging te komen, nu onlangs hiervoor een lans is gebroken door Vos.¹¹⁶

2.14.1 Vakantie, EU-Richtlijn 2003/88 en het EU-Handvest

Vos stelt zich allereerst, bij de bespreking van het Max Planck-arrest van het HvJ,¹¹⁷ op het standpunt dat het HvJ meermaals heeft overwogen dat de verplichtingen uit Richtlijn 2003/88 niet zover gaan dat werkgevers hun werknemers zouden moeten verplichten vakantie op te nemen. Hij concludeert daaruit dat ‘Europa’ het vaststellen van vakantie dus lijkt toe te staan. Die conclusie kunnen wij niet delen. De zaak van werknemer Shimizu tegen het Max Planck Instituut ging er immers om dat de werknemer van zijn voormalige werkgever alsnog

¹¹⁴ Zie ook Rb. Rotterdam (ktr.) 21 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10863, JAR 2019/44 over een informatieplicht bij arbeidsduurverkorting.

¹¹⁵ In de MvT bij wetsontwerp 7168 (Kamerstukken II 1962/63, 7168, nr. 3; vakantie met behoud van loon) neemt de minister het standpunt in dat een eenzijdige wijziging van de tijdstippen van vakantie niet op grond van de instructiebevoegdheid van de werkgever kan plaatsvinden en dat daarom de ‘gewichtige’ reden van art. 1638gg (oud) BW wordt geïntroduceerd.

¹¹⁶ J.R. Vos, Vakantie in tijden van corona, TAP 2020/131, p. 4-12. Zie ook de reactie van K. Boele & L. Winde, Corona: geen werk, geen vakantie, TAP 2020/160. En daarop het naschrift van J.R. Vos, TAP 2020/161.

¹¹⁷ HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874.

de uitbetaling in geld wilde voor niet-genoten vakantiedagen. De algemene, beschouwende, overwegingen die het HvJ wijdt aan het kader waarin de vordering van de werknemer moet worden beoordeeld,¹¹⁸ bestaat uit drie onderdelen en leiden onder meer tot de conclusie dat de werknemer moet worden beschouwd als de zwakkere partij binnen het dienstverband, zodat moet worden verhinderd dat de werkgever over de mogelijkheid beschikt om hem een beperking van zijn rechten op te leggen. De zwakkere positie kan de werknemer ervan weerhouden zijn rechten uitdrukkelijk te doen gelden jegens zijn werkgever, vooral omdat dit hem kan blootstellen aan maatregelen die het dienstverband in zijn nadeel kunnen beïnvloeden. Op grond van nog een aantal andere overwegingen wordt door het HvJ vastgesteld dat een situatie moet worden voorkomen waarin de verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon daadwerkelijk wordt uitgeoefend, volledig bij de werknemer komt te liggen, terwijl de werkgever daardoor de mogelijkheid krijgt zich aan zijn verplichtingen te onttrekken, onder het voorwendsel dat de werknemer geen jaarlijkse vakantie met behoud van loon heeft aangevraagd. Maar als de werknemer welbewust en met volledige kennis van de eraan verbonden gevolgen zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet heeft opgenomen, nadat hij in de gelegenheid was gesteld om zijn recht daarop daadwerkelijk uit te oefenen, staan Richtlijn 2003/88 en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) er niet aan in de weg dat het recht op vakantie verloren gaat. De daarmee samenhangende financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie met behoud van loon behoeft in geval van beëindiging van het dienstverband dan ook niet te worden uitbetaald. Binnen dit kader kan niet worden vastgesteld dat – zoals Vos verdedigt – de werkgever de mogelijkheid lijkt te hebben de vakantie eenzijdig vast te stellen of te weigeren. De door Vos aangehaalde passage uit de conclusie van A-G Bot vóór het *Max Planck*-arrest geeft ons inziens ook geen vrijbrief voor de eenzijdige vaststelling of wijziging van vakantie, zeker nu, zoals ook Vos vaststelt, het HvJ de suggestie van de A-G niet overnam.

De vraag of vakantie eenzijdig door de werkgever kan worden vastgesteld met gebruikmaking van het eenzijdige-wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW wordt door Vos positief beantwoord.¹¹⁹ Hij wijst op de door de minister van Justitie en Veiligheid erkende mogelijkheid¹²⁰ dat de werkgever naast wijziging van de vaststelling van vakantie het arbeidsreglement kon wijzigen, mits de werkgever dan maar eventueel door de wijziging te lijden schade zou vergoeden. Deze onderbouwing voor een beroep op artikel 7:613 BW doet wat merkwaardig aan, omdat het arbeidsreglement nu juist bij de invoering van artikel 7:613 BW vervallen is en dus ook de mogelijkheid om via een arbeidsreglement tot een wijziging te komen. Maar in beginsel is vakantie wel een arbeidsvoorwaarde en kan eenzijdige wijziging plaatsvinden als er een zodanig zwaarwichtig belang is dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het is nog lastig in te schatten welke argumenten van de werkgever voor

118 R.o. 19-57.

119 Vos 2020/131, p. 9. Zie ook Boele & Winde 2020.

120 Kamerstukken II 1962/63, 7168, nr. 3.

de invulling van de zwaarwichtigheid van zijn redenen sterk genoeg zijn om het belang van de werknemer te laten wijken. Voorop gesteld moet immers worden dat op grond van het EU-Handvest en EU-Richtlijn 2003/88 telkens weer door het HvJ herhaald wordt dat vakantie een belangrijke arbeidsvoorwaarde is en dat de werknemer recht heeft op de wekelijkse, maandelijkse en jaarlijkse recuperatie die nodig is om zijn arbeid optimaal te kunnen blijven vervullen. Het belang van de werkgever is niet om de werknemer niet op vakantie te laten gaan, maar hem op een ander tijdstip te vrij laten nemen. Indien immers de direct op de bestrijding van de (corona)pandemie gerichte maatregelen wat meer of helemaal naar de achtergrond verdwijnen en de – zo veel als mogelijk – normale bedrijfsvoering weer op de voorgrond komt te staan, is de kans aanwezig dat de werkgever de werknemer in de maanden oktober, november en december van 2020 weer meer nodig heeft in zijn bedrijf (al is het maar om de gemiste omzet in de periode maart tot en met juli 2020 te compenseren). Tegenover elkaar komen dan te staan het belang van de werkgever en dat van de werknemer, die in dezelfde maanden maart tot en met juli vanwege dezelfde coronaproblemen niet of moeizaam op vakantie is kunnen gaan. Een algemeen uitgangspunt zou moeten zijn dat wanneer de vakantie in enig jaar (lees: 2020) moet worden opgenomen, de werkgever de werknemer niet kan verhinderen vakantie op te nemen. Dat is in strijd met het EU-Handvest. Een ‘Fair Play-benadering’ (zie par. 2.10) zou in dat opzicht kunnen inhouden dat het belang van de werknemer bij de opname van, in elk geval, de wettelijke vakantiedagen zonder meer groter is dan het zwaarwichtig belang van de werkgever bij verschuiving van de vakantie, gepaard aan de verplichting van de werkgever dat aan de werknemer hoe dan ook in 2020 de kans geboden moet worden de vakantie op te nemen. Een al wat oudere regel kende de verplichting om vakantie zo veel mogelijk in de zomermaanden te laten plaatsvinden.¹²¹ Die regel geldt wellicht nog wel bij bedrijfsvakanties en is zeker van belang voor werknemers die ook ouders zijn met schoolgaande kinderen, maar is op zijn retour geraakt door de heel verschillende wensen van de miljoenen in Nederland werkzame werknemers. Ook met de verschillen in persoonlijke situatie zal bij de belangenafweging uit artikel 7:613 en 7:611 BW rekening moeten worden gehouden.

2.14.2 Vakantie en Stoof/Mammoet

Met betrekking tot de toepassing van de *Stoof/Mammoet*-leer is Vos van oordeel dat de procedurestappen uit het arrest niet behoeven te worden doorlopen, omdat artikel 7:611 BW een zelfstandige grond vormt voor het vaststellen van vakantie. Er bestaat volgens Vos geen ruimte meer voor de *Stoof/Mammoet*-toets bij de beoordeling van het voornemen van de werkgever de (al vastgestelde) vakantie van de werknemer eenzijdig te veranderen. De redenering van Vos wordt door ons niet gevolgd. Allereerst voert hij aan dat *Stoof/Mammoet* in essentie (onder meer) gaat over de vraag wat van een goed werknemer mag worden verwacht. Vos ziet over het hoofd dat het arrest *Stoof/Mammoet* een behoorlijke correctie is op de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Van der Lely/Taxi Hofman* (waarin het goed

¹²¹ Art. 1638gg lid 2 (oud) BW bepaalde dat de werkgever de vakantietijdvakken van twee of meer aansluitende weken zo veel mogelijk moest doen aanvangen tussen 30 april en 1 oktober.

werknemerschap nog leidend was),¹²² en dat het goed werkgeverschap in *Stoof/Mammoet* juist voorop is komen te staan. Maar bovendien menen wij dat artikel 7:611 BW niet een zelfstandige grond is voor het vaststellen van vakantie. Vos vindt dat ook zelf, waar hij (eerder in zijn artikel) stelt dat uit de wetsgeschiedenis naar voren komt dat de procedure in artikel 7:638 lid 2 BW het uitgangspunt bij de vaststelling van vakantie is en dat het niet de bedoeling is geweest om via artikel 7:611 BW een alternatieve reguliere weg naar het afdwingen van vakantie te bewerkstelligen.¹²³ Dat artikel 7:611 BW ruimte biedt voor maatwerk en breder getrokken kan worden dan de noodsituaties die de minister in de parlementaire geschiedenis over de oorspronkelijke vakantiewetgeving (1962/63) voor ogen stond, betekent nog niet dat artikel 7:611 BW een zelfstandige grond is voor het vaststellen van vakantie en daarmee de criteria uit de *Stoof/Mammoet*-toets opzijzet. En ten slotte voeren wij nog aan dat zelfs wanneer het zogenoemde, door ons nog verder uit te werken, kale goed werkgeverschap (par. 2.31, 2.33 en 2.36) de enige op wijziging van de vastgestelde vakantie toepasselijke norm zou zijn, ook dan de beginselen van behoorlijk bestuur alle toepasselijk zijn en dus ook het motiveringsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel, waarvan het arrest *Stoof/Mammoet* als een verfijning en uitwerking moet worden beschouwd.

Het gevolg van onze stellingname is dat – bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW – het arrest inzake *Stoof/Mammoet* wel van toepassing is en dus de daaruit voortvloeiende belangenafweging, die dezelfde criteria kent als wij hierboven, in de vorige paragraaf, besproken hebben bij de toepassing van het bepaalde in artikel 7:613 BW.

2.15 Hoe nu bij arbeidsduur?

De volgende opdoemende vraag is hoe het toetsingskader luidt bij een wat minder belangrijke primaire arbeidsvoorwaarde dan het loon en de vakantie, bijvoorbeeld arbeidsduur. En moet van arbeidsduur weer arbeidstijd, werktijd, werkrooster en spreiding van uren worden onderscheiden?

Voordat deze onderscheiding hieronder verder zal worden uitgewerkt, moet eerst worden opgemerkt dat de rechter zich regelmatig, bij de beantwoording van de vraag welke toets moet worden aangelegd bij de beoordeling van een wijziging van werktijd en werkrooster, moet buigen over het verschil tussen instructierecht en arbeidsvoorwaarde. Daarom volgt nu eerst een korte uiteenzetting over de reikwijdte van het zogenoemde instructie- ofwel directierecht. Het belang daarvan is evident: Duk, Bouwens en Bij de Vaate stellen zich op het standpunt dat het directierecht vrij ver gaat.¹²⁴ Wij stellen ons op het standpunt dat het directierecht minder ver gaat dan de genoemde drie auteurs stellen. Wij voeren bedenkingen aan tegen het bestaan van een zelfstandig, op de stam van artikel 7:660 BW geënt, directierecht, maar ook tegen de betekenis van artikel 7:660 BW voor het gezagselement van artikel 7:610 BW. Die bedenkingen worden hieronder onder woorden gebracht.

¹²² HR 4 juli 1998, JAR 1998/204.

¹²³ Vos 2020/131, p. 7, rechterkolom.

¹²⁴ Bouwens, Duk & Bij de Vaate 2018, par. 2.6.

2.15.1 Het ‘instructierecht’ van artikel 7:660 BW

De bepaling, ook in een cao, dat het de werkgever is die de werktijden en de werkroosters vaststelt en ook de functie beschrijft, indeelt of anderszins vaststelt, zou – in elk geval in beginsel – kunnen betekenen dat de werkgever zich daarmee het recht voorbehoudt de werktijden vast te stellen, het rooster te maken en de functie in te vullen, en dat hij de drie bevoegdheden onder het instructierecht wil laten vallen. Bij zowel werktijden en werkroosters als de functie zal het gaan om de in artikel 7:660 BW bedoelde voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid. Dit instructierecht kent evenwel, volgens datzelfde artikel 7:660 BW, de begrenzing van algemeen verbindende voorschriften of van de overeenkomst.

De huidige bepaling in artikel 7:660 BW verschilt niet veel van het artikel 1639b (oud) BW, zoals dat door de Tweede Kamer zonder beraadslaging en zonder hoofdelijke stemming op 23 mei 1906 is aangenomen, bij de totstandkoming van de allereerste Wet op de arbeidsovereenkomst.¹²⁵ Het artikel luidde toen

‘[D]e arbeider is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van den arbeid alsmede aan die, welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming des werkgevers, hem door of namens den werkgever binnen de perken van wet of verordening, van overeenkomst of reglement, gegeven.’¹²⁶

De huidige tekst luidt:

‘De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven.’

De memorie van toelichting bij het O. D. (Ontwerp Drucker, 1898) vermeldt dat de bepaling vooral ontleend is aan de verschillende Belgische ontwerpen.¹²⁷ Bij de memorie van toelichting (1904) staat daar vervolgens nog bij vermeld dat, ter nadere aanduiding van wat de Belgische ontwerpen inhouden, de tekst vergeleken kan worden met artikel 7 van de (Belgische) wet van 18 maart 1900.¹²⁸ Uit het voorlopig verslag van de Tweede Kamer blijkt dat enige leden de bepaling van artikel 1639b (oud) BW overbodig vonden, omdat ‘de daarbij aan den arbeider opgelegde verplichting uit de aard van zijn dienstbetrekking voortvloeit en in het algemeen voorschrift van artikel 1639d dus reeds ligt opgesloten’.¹²⁹ Dat heeft veel weg van de opmerkingen van sommige Tweede Kamerleden bij het nut

125 Wet op de arbeidsovereenkomst, wet van 13 juli 1907, Stb. 1907, 193.

126 A.E. Bles, De Wet op de arbeidsovereenkomst, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, deel III, p. 401.

127 Bles 1907, deel III, p. 401.

128 Bles 1907, deel III, p. 401.

129 Bles 1907, deel III, p. 401 en 402.

van goed werkgeverschap in het toenmalige artikel 1638w (oud) BW, later artikel 1638z (oud) BW.

Bij memorie van antwoord heeft de minister opgemerkt niet geneigd te zijn de bepaling overbodig te achten: 'Evenals (...) de verschillende verplichtingen des werkgevers worden aangeduid, zoo is in deze afdeeling handelende over de verplichtingen des arbeiders plaats voor de vermelding van de verschillende plichten die krachtens de gesloten overeenkomst op de arbeider rusten, naast het artikel 1639d.'¹³⁰ Dit laatste artikel was het speciale artikel over goed werknemerschap, dat de pendant vormde van het voormalige artikel 1638w (oud) BW, dat uiteindelijk in de vorm van artikel 1638z (oud) BW (goed werkgeverschap) in de wet is gekomen.

Uit deze terugblik op de wetsgeschiedenis kan vooral worden opgemaakt dat het artikel 1639b (oud) BW niet veel meer is dan een pendant van de verscheidenheid aan artikelen die de werkgever plichten oplegden. Verder kan er niet veel van een aan de werkgever toegekend instructierecht aan worden ontleend. De werknemer moet zich immers volgens het artikel 1639b (oud) BW houden aan voorschriften. Het geven van voorschriften spruit al voort uit het toenmalige artikel 1637a (oud) BW ('in dienst van de andere partij').¹³¹ Artikel 1639b (oud) BW houdt niet de toekenning van een instructierecht in, maar eerder een beperking van het in artikel 1637a (oud) BW neergelegde gezag. Want in het wetsontwerp 1901 en ook daarna in de wet van 1907 was het zogenaamde ordening-/instructierecht viervoudig ingeperkt, te weten 'binnen de perken van wet of verordening, van overeenkomst of reglement'.

De vraag die ten slotte nog kan worden gesteld, is of de wijze waarop in de verschillende cao's het instructierecht verweven is met de vorming van arbeidsvoorwaarden nog wel te maken heeft met de in artikel 7:660 BW genoemde 'voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid'.

2.15.2 Instructierecht en EVRM

Op de invloed van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) op de instructiebevoegdheid van de werkgever wordt nader ingegaan in paragraaf 2.40.

2.16 Arbeidsduur, arbeidstijd, werktijd, roosters en spreiding van uren

Arbeidsduur is iets anders dan arbeidstijd. Met arbeidsduur wordt bedoeld op het aantal uren per week (of per maand of zelfs langere periode) dat de werknemer al dan niet krachtens cao of individuele arbeidsovereenkomst voor de werkgever werkzaam zal zijn. De 40-urige of 36-urige of, bij deeltijd, 24-urige of 16-urige werkweek kortom. Het begrip arbeidsduur wordt vaak in verbinding

¹³⁰ Bles 1907, deel III, p. 401 en 402.

¹³¹ MvT O. 1901: 'de ondergetekende meent dat het aan de arbeidsovereenkomst karakteristieke element van gezag en leiding nog het best door het woord "dienst" wordt weergegeven' (Bles 1907, deel I, p. 318).

gebracht met arbeidsduurverkorting, ten onrechte ook wel arbeidstijdverkorting genoemd.

Bij **arbeidstijd** moet worden gedacht aan de ATW, waar in artikel 1.7 aanhef en onder k de arbeidstijd wordt gedefinieerd als ‘de tijd dat de werknemer onder gezag van de werkgever arbeid verricht’. Het begrip **werktijd** komt in de ATW niet voor, maar weer wel in de Wet flexibel werken (Wfw) en in het (voormalige) Bijzonder Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945). Het geeft soms aanleiding tot misverstand.¹³² De arbeidstijd wordt in hoofdstuk 5 van de ATW geplaatst naast de rusttijd. De bescherming van de werknemer, en met name kinderen en jeugdigen, staat voorop. Ook de zwangere werkneemster krijgt een speciale bescherming.

Werkijd is ook het begrip dat in het BBA 1945 wordt gebruikt, bij het in artikel 8 lid 1 BBA 1945 neergelegde verbod om de werktijd van de werknemer op minder dan 48 uur per week te stellen of gesteld te houden. Wij komen op deze werktijdverkorting, en de daarmee verband houdende ministeriële regeling die is afgeschaft vanwege de coronacrisis, terug in paragraaf 2.17.

Het **rooster** en de inroosting zijn niet in de ATW voorkomende begrippen. Die wet spreekt over arbeids- en rustpatronen. Het rooster wordt besproken in paragraaf 2.18.

De spreiding van uren komt als begrip voor in de Wfw.

2.16.1 Arbeidsduur

De wijziging van de arbeidsduur wordt mede beheerst door de Wfw (opvolger van de Wet aanpassing arbeidsduur; Waa). Die wet reguleert evenwel alleen het verzoek van de werknemer om de arbeidsduur te verkorten of te verlengen.

Wil niet de werknemer maar de werkgever verkorting of verlenging van de arbeidsduur, dan is er geen specifieke wettelijke toepasselijke regeling. De discussie over de geoorloofdheid van een eenzijdige wijziging van de arbeidsduur door de werkgever zou dus in beginsel meteen kunnen worden geplaatst in het raam van de toepasselijkheid van artikel 7:613 of 7:611 BW. Maar er is bij de wijziging van de arbeidsduur een aan de toepassing van de genoemde artikelen voorafgaand probleem. Ik doel op de omstandigheid dat een stevige wijziging van de arbeidsduur ook opgevat kan worden als een deeltijdontslag.

2.16.2 Voorvraag vóór toepassing van artikel 7:613 BW

Is deeltijdontslag een sta-in-de-weg voor wijziging van de arbeidsduur?

De kantonrechter te Amsterdam, als voorzieningenrechter,¹³³ gaf een andere richting aan dan over de boeg van de arbeidsvoorwaarden en het zwaarwichtig belang van artikel 7:613 BW. Hij merkte de door de werkgever voorgestane wijziging van de arbeidsduur aan als een *deeltijdontslag* in verband met bedrijfseco-

¹³² Zie voor de gevolgen van een misverstand over het verschil tussen arbeidstijd en werktijd: Rb. Den Haag 3 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4378.

¹³³ Rb. Amsterdam (vzr.) 16 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5052, JAR 2018/262.

nomische redenen. Vast staat dat de werkgever de daarvoor benodigde toestemming van het UWV niet had gekregen (omdat hij die niet had aangevraagd). De verklaring namens de werkgever ter terechtzitting dat het niet eenvoudig is om een dergelijke toestemming te verkrijgen, is overigens niet redengevend om die toestemming niet aan te vragen.

En verder laat de kantonrechter hetgeen door de werkgever verder met betrekking tot artikel 7:613 en 7:611 BW is aangevoerd buiten beschouwing. Het beroep op het in de arbeidsovereenkomst opgenomen eenzijdige-wijzigingsbeding kan hem niet baten. Naar het oordeel van de kantonrechter is een dergelijk beroep onder de gegeven omstandigheden in strijd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht. Het ontbreken van toestemming van het UWV voor een deeltijdontslag kan niet worden gerepareerd door middel van een beroep op het zwaarwichtig belang voor een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden op grond van bedrijfseconomische redenen. De toets of de werkgever terecht een beroep op de moeilijke financiële situatie toekomt, had bij uitstek in die procedure plaats kunnen vinden. Daarbij had de werknemer ook inhoudelijk kunnen reageren op hetgeen door de werkgever over de bedrijfseconomische redenen was aangevoerd. Het op deze wijze omzeilen van die ontslagbescherming van de werknemer is niet mogelijk. De omstandigheid dat de werknemer ziek was, brengt bovendien mee dat van een eventueel verkregen toestemming geen gebruik kon worden gemaakt.

Al in 2012 was de gedachte vormgegeven dat arbeidsduurvermindering een vorm van (gedeeltelijk) ontslag is.

De kantonrechter te Tilburg¹³⁴ was hem hierin al voorgegaan. In die zaak had de werkgever aangevoerd dat de arbeidsduur moest worden teruggebracht van 26 uur tot 20 uur per week vanwege disfunctioneren van de werknemer en omdat de werkneemster niet de overeengekomen 26 uur per week werkte. De kantonrechter overwoog dat als er sprake zou zijn van disfunctioneren, dit niet te beschouwen is als een zwaarwichtig belang in de zin van artikel 7:613 BW. Als een werknemer daadwerkelijk niet functioneert of de afgesproken uren niet direct arbeid verricht, dient dat op een andere wijze, door het inzetten van een functioneringstraject en, eventueel bij onvoldoende verbetering, beëindiging van de arbeidsovereenkomst te worden opgelost, maar niet via een eenzijdige verlaging van de arbeidsduur. De kantonrechter liep hiermee vooruit op het huidige artikel 7:669 lid 3 onder d BW, waarin een verbeteringstraject een onlosmakelijk deel vormt van een weg naar de uitgang. Maar bovendien vond de kantonrechter het beroep op het eenzijdige-wijzigingsbeding in strijd met het gesloten ontslagstelsel. Toepassing van het wijzigingsbeding op de arbeidsduur komt immers feitelijk neer op een gedeeltelijk ontslag, wat redelijkerwijs niet te verenigen is met in Nederland aan de werknemer toekomende ontslagbescherming, die de werkgever verplicht om in geval van een voorgenomen gedeeltelijk ontslag van de werknemer voorafgaand toestemming te vragen aan het UWV of via een ontbindingsprocedure de kantonrechter om (gedeeltelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.

¹³⁴ Rb. Breda (ktr.) 26 september 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX9849, RAR 2013/8; Prg. 2012/316.

Naar onze mening is dat geen passende oplossing. Het deeltijdontslag is geschreven voor een andere situatie dan de arbeidstijdverkorting voor een individuele werknemer, waarbij de werkgever niet van plan is om tot een opzegging van de arbeidsovereenkomst te komen. Indien immers bedrijfseconomische omstandigheden worden aangevoerd als reden voor verkorting (of verlenging) van de arbeidsduur, dan moet er, om in aanmerking te komen voor een deeltijdontslag, niet alleen een redelijke grond zijn voor ontslag, maar moet het aantal werknemers dat voor ontslag voorgedragen is, groter zijn dan het aantal arbeidsplaatsen dat komt te vervallen (maar er is hier geen ontslag en het verval van een aantal arbeidsplaatsen doet zich ook niet voor). Iets anders is of een vermindering van de arbeidsduur gezien kan worden als een beëindiging van een dienstverband om, ten gevolge daarvan, een recht te doen ontstaan op een transitievergoeding (zie par. 2.16.5.1).

2.16.3 Een andere oplossing: artikel 6:248 lid 2 BW?

Wordt dan toch een poging gewaagd het kader te schetsen waarbinnen een arbeidsduurverkorting (ADV)- of arbeidstijdverkorting (ATV)-regeling moet worden gezien, dan heeft de kantonrechter te Rotterdam¹³⁵ in 2016 geredeneerd dat wanneer er noch op grond van de individuele arbeidsovereenkomst, noch op grond van de cao een eenzijdige-wijzigingsbeding in de overeenkomst is opgenomen en de voorgenomen wijziging meerdere werknemers zal betreffen, het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 BW van toepassing is. Het wijzigingsvoorstel moet worden beoordeeld op de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

De Rotterdamse kantonrechter overweegt dat volgens vaste rechtspraak die maatstaf meebrengt dat de rechter de nodige terughoudendheid dient te betrachten. De kantonrechter stelt dan vervolgens aan de orde of er sprake is van voldoende zwaarwichtige belangen. Na de constatering dat deze er niet zijn, komt de kantonrechter 'strikt genomen' niet toe aan een afweging van de belangen van de werknemer en evenmin aan de beantwoording van de vraag of de werkgever een redelijk voorstel heeft gedaan om de ATV-rechten te compenseren. Ten overvloede overweegt de kantonrechter nog dat ATV-rechten in het door de werkgever voorgestelde geval weg kunnen vloeien, omdat werkzaamheden te veel uitlopen, waardoor de ATV-uren niet meer kunnen worden genoten.

Het is evenwel de vraag of deze redenering nog stand kan houden na het arrest *Fair Play*. In dat arrest werden de relatieve en de absolute leer bij de toepassing van artikel 7:613 BW tegenover elkaar gezet. De Hoge Raad koos voor de relatieve leer. De uitspraak hierboven van de Rotterdamse kantonrechter¹³⁶ gaat te veel uit van het absolute stelsel, waarin het afwijzen van de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang al voldoende is om de wijziging niet door te laten gaan. Er zal evenwel toch nog steeds een weging moeten plaatsvinden, ook al kan die direct tot de conclusie leiden dat het belang van de werknemer niet behoeft te wijken.

135 Rb. Rotterdam (ktr.) 1 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9373.

136 Rb. Rotterdam (ktr.) 1 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9373.

2.16.4 Geen beperkende werking maar gewoon *Stoof/Mammoet* ...

Een andere benadering, en een die wij voorstaan, is de volgende. Niet artikel 6:248 lid 2 BW wordt toegepast, maar de benadering van de Hoge Raad in het arrest *Stoof/Mammoet* wordt gevolgd. Dat kan ook wanneer de werkgever eenzijdig is overgegaan tot zowel het wijzigen van de functie van de werknemer als vermindering van de arbeidsduur en van zijn salaris. De toets van artikel 7:613 BW wordt dan niet gebruikt als er tussen partijen geen eenzijdige-wijzigingsbeding is gesloten. In dat geval kan de drietrapsraket van *Stoof/Mammoet* (en dus het bepaalde in art. 7:611 BW in die bijzondere vorm) zeer bruikbaar zijn. Zoals de Hoge Raad in de *Fair Play*-uitspraak niet eerst een lijst van zwaarwichtige redenen afloopt om vervolgens over te gaan tot de weging van het nadeel voor de werknemer, maar meteen de gevolgen voor de werknemer vooropstelt, zo kan dat ook bij *Stoof/Mammoet* geschieden door niet alleen kritisch te zijn ten aanzien van de aanleiding (stap 1) en ten aanzien van de redelijkheid (stap 2), maar juist ook ten aanzien van de derde stap (te weten of de voorgestelde maatregel – en de gevolgen ervan – van de werknemer gevegd kan worden). Deze derde stap kan ook naar voren worden gehaald, zoals bij de toepassing van artikel 7:613 BW in de *Fair Play*-zaak.

Zie bijvoorbeeld kantonrechter Rotterdam.¹³⁷ Hoewel de slechte financiële positie zonder meer noodzaakt tot het doorvoeren van een paar reorganisaties en er sprake is van een aanzienlijke inkrimping van het personeelsbestand, gaat de eenzijdige wijziging toch niet door. De voorgestelde verlaging van salaris met circa 50% en de inkrimping van de arbeidsduur met circa 15% zijn dusdanig ingrijpend dat de financiële omstandigheden van het bedrijf, hoe slecht ook, onvoldoende zijn om de wijziging van arbeidsvoorwaarden te rechtvaardigen.

Opmerkelijk is dat niet de keuze voor een bepaalde toetssteen (art. 7:613 of 7:611 BW), maar de zwaarte van de aantasting van de arbeidsvoorwaarde (dan wel de grote gevolgen ervan) de toets bepaalt. Dat is goed werkbaar.

2.16.5 Wel arbeidsduurvermindering, maar geen lager loon

Wat nu als de werkgever weliswaar de arbeidsduur verkort, maar het salaris niet (ook) vermindert en aan het tijdens de eerder bestaande situatie geldende loon gelijk laat blijven. Dat kan gebeuren bij een beperkte arbeidsduurvermindering. In dat geval zal de hierboven verdedigde onmiddellijke doorzakking naar de te ernstige gevolgen voor de werknemer ('à la *Fair Play*') niet plaats behoeven te vinden. In dat geval komen de aanleiding en de redelijkheid, respectievelijk als de eerste en tweede trap uit het arrest *Stoof/Mammoet*, meer in aanmerking.

2.16.5.1 Invloed *Victoria* (en *Kolom*)

Toch is er, waar het gaat om de toepassing van *Fair Play* op arbeidsduurvermindering, wel een verschil tussen arbeidsduurvermindering en loonvermindering. Loonvermindering in de zin van een tussen cao-partijen

¹³⁷ Rb. Rotterdam (ktr.) 5 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3952.

afgesproken loonsverlaging komt niet vaak voor in cao's. Maar het komt voor. Arbeidsduurvermindering daarentegen is een bekend fenomeen uit de jaren tachtig en is ingezet voor meer vrije tijd in de zin van (vaak heel) gevarieerde vormen: de 'adv' (ADV) ofwel 'atv' (ATV) hield 4 uur per week vermindering van de arbeidsduur in, van 40 naar 36 uur, en werd gecompenseerd met twee dagen per maand vrij of een dag per veertien dagen, of kon worden gespaard, zelfs tot pensioen.¹³⁸ Maar een substantiële arbeidsduurvermindering van, bijvoorbeeld, 10% (een halve dag per week) of 20% (een hele dag per week) is moeilijk tot niet denkbaar in een met vakbonden afgesproken, in een cao neergelegde, vorm. Het is mogelijk dat de door de Hoge Raad bedachte betaling van een transitievergoeding bij een substantiële arbeidsduurvermindering leidt tot een gemakkelijkere aanvaarding van het in de vorige alinea geschetste grote nadeel voor de werknemer, waardoor à la *Fair Play*, zonder de mogelijkheid van die transitievergoeding, meteen tot afwijzing van de wens van de werkgever tot een structurele arbeidsduurvermindering wordt gekomen.

2.16.6 Arbeidsduur in Wfw

Ook voor de aanpassing en wijziging van de arbeidsduur bestaat wetgeving. Zij heeft alleen wel een bijzonder karakter. Kenmerkend voor de regeling van de vermeerdering en vermindering van arbeidsduur en de aanpassing van werktijden in de Wfw (en de voorganger daarvan, de Waa) is dat de werknemer het verzoek bij de werkgever dient te doen (en niet omgekeerd). De Wfw is wel grotendeels, maar niet volledig op verzoeken van werknemerszijde georiënteerd, want de werkgever bepaalt nog wel (en mag ook wijzigen) de spreiding van uren als bedoeld in artikel 2 lid 7 Wfw.

Op het voorstel of verzoek (niet van de werknemer maar) van de werkgever tot aanpassing van de arbeidsduur is hetgeen wij hierboven hebben opgemerkt over de door ons afgewezen benadering via de constructie van het deeltijdontslag, en de vermeende toepasselijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW en de benutting van de artikelen 7:613 en 7:611 BW, van belang.

2.16.7 Invloed Wfw op artikel 7:613 of 7:611 BW bij aanpassing arbeidsduur

Wel kan men zich afvragen of de, in de rechtspraak uitgewerkte, norm van het zwaarwegende belang van de werkgever bij de afwijzing van een, op de Wfw gebaseerd, verzoek van de werknemer om vermeerdering of vermindering, van invloed is op de rechterlijke beoordeling van een verzoek, niet van de werknemer, maar juist van de werkgever, om de arbeidsduur te verminderen of te vermeerderen. Hieronder behandelen we eerst de in de periode 2008-2020 gegeven uitleg aan het begrip 'zwaarwichtig belang' in de Waa/Wfw, om daarna te bezien of deze nog enige betekenis heeft voor verzoeken van de werkgever. Die periode 2008-2020 valt uiteen in de periode 2008-2011 en 2012-2020.

¹³⁸ L. Beukema, *Kwaliteit van arbeidstijdverkorting*, Groningen: Konstapel 1987.

2.16.8 Rechtspraak 2008-2011¹³⁹

In de zaak die beoordeeld werd door de kantonrechter te Utrecht¹⁴⁰ wogen de niet-optimale verdeling van het personeelsaanbod ten opzichte van de zorgvraag in een verpleeghuis en de door de werkgever gewenste gelijkmatige spreiding van medewerkers over de dagen zwaarder dan het belang van de werknemer om voor haar 14-jarige zoon te zorgen en te voorkomen dat deze ontspoorde.

De kantonrechter te Almelo¹⁴¹ oordeelde dat de wens van de werknemer om tijd alleen met haar dochter door te brengen moeilijk verenigbaar was met de verplichtingen die zij heeft op grond van de arbeidsovereenkomst; de werknemer heeft steeds aangegeven op woensdag slechts tot 14.00 uur en op vrijdag niet te willen werken en heeft wel de bereidheid getoond op andere dagen flexibel te zijn, maar de werkgever heeft daartegen aangevoerd dat er op deze andere uren voldoende bezetting is.

De kantonrechter in Utrecht¹⁴² oordeelde anders in een situatie waarin de werkgever ten onrechte precedentwerking vreesde en er geen onoverkomelijke roosterproblemen ontstonden.

Op grond van het BBA 1945 en artikel 3:1 van het Ontslagbesluit achtte het CWI (thans: UWV Werkbedrijf) het voorstel van de werkgever om van de werknemer flexibiliteit te verlangen in de vorm van ruimere werktijden en werkplekken redelijk.¹⁴³

2.16.9 Rechtspraak tussen 2012 en 2020

De relevantie van de rechtspraak tussen 2012 en 2020 kan het best worden afgemeten aan de hand van de in de Wfw opgenomen criteria, te weten vermindering van de arbeidsduur en de daarbij behorende specifieke normen (driemaal ernstige problemen; par. 2.16.9.1), en bij vermeerdering (ernstige problemen van financiële of organisatorische aard, wegens het niet voorhanden zijn van voldoende werk of omdat de vastgestelde formatieruimte of personeelsbegroting ontoereikend is; par. 2.16.9.2). En dan is er als derde nog de aanpassing van de werktijd ingevolge de Wfw (par. 2.16.9.3). Bij vermindering van arbeidsduur spelen andere zwaarwegende redenen een rol dan bij vermeerdering van de arbeidsduur en bij de aanpassing van werktijd. In alle drie de gevallen moet aanpassing leiden tot ernstige problemen. Maar de verschillen zitten in de soort arbeidsvoorwaarden. Zo komt bij de vermeerdering van arbeidsduur het criterium van ernstige problemen op het gebied van de veiligheid niet voor.

2.16.9.1 Vermindering van de arbeidsduur

Bij vermindering van de arbeidsduur is in ieder geval sprake van een zwaarwegend bedrijfsbelang of dienstbelang als die vermindering leidt tot ernstige problemen voor de bedrijfsvoering bij de herbezetting van de vrijgekomen uren, ernstige problemen op het gebied van veiligheid of ernstige problemen van

139 Voor oudere (dan 2008) rechtspraak wordt verwezen naar de eerste druk van dit boek (De Laat 2008).

140 Rb. Utrecht (ktr.) 13 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ4773, JAR 2011/161.

141 Rb. Almelo (ktr.) 2 december 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BV2265, JAR 2012/20.

142 Rb. Utrecht (ktr.) 9 juni 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN8225, JAR 2010/225.

143 RvB CWI 22 december 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH9202, JAR 2009/77.

roostertechnische aard. Sprake is van (ernstige) problemen met de herbezetting van de vrijgekomen uren als er absoluut geen vervangers voor de aanvrager te vinden zijn op een zeer krappe arbeidsmarkt. Problemen op het gebied van veiligheid kunnen zich voordoen als volledige inzetbaarheid van iedereen in de organisatie noodzakelijk is. Gedacht kan daarbij worden aan organisaties die zich bezighouden met bewaking en politie. Ook bij piloten kan de veiligheid een rol spelen, indien het aantal uren dat nodig is om hun handvaardigheid bij te houden niet wordt gehaald. Roostertechnische problemen doen zich voor indien door vermindering van de arbeidsduur een gat valt in het volcontinuurooster. De aard van de functie kan ook in de weg staan aan vermindering van arbeidsduur, indien bijvoorbeeld een leidinggevende verzoekt om slechts één dag in de week te werken.

De rechtspraak is verdeeld over het door de werkgever aangevoerde argument dat de aard van de functie zich verzet tegen vermindering van de arbeidsduur (zie bijvoorbeeld gerechtshof Amsterdam¹⁴⁴ versus kantonrechter Almelo¹⁴⁵). Wanneer de werkgever (midden- en kleinbedrijf) bezwaren heeft tegen vermindering van de arbeidsduur, omdat hij een rendementsverhoging wil realiseren en de werknemers daartoe efficiënter en zo volledig mogelijk moeten worden ingezet, loopt hij het risico ernstige problemen onvoldoende te hebben onderbouwd.¹⁴⁶ Angst voor precedentwerking van een inwilliging van een verzoek van de werknemer tot vermindering van de arbeidsduur leidt niet snel tot zwaarwegende bezwaren.¹⁴⁷

De aard van de door werkgever tegen het verzoek van werknemer aangevoerde argumenten maakt, zoals uit het voorgaande blijkt, dat zij geen van alle erg geschikt zijn om te worden gebruikt voor de omgekeerde situatie, te weten dat de werkgever verzoekt tot vermindering of vermeerdering van de arbeidsduur. Dat geldt ook voor de zwaarwegende reden van de veiligheid (art. 2 lid 9 aanhef en onder b Wfw) bij vermindering van arbeidsduur, omdat het lastig is zich een voorstelling te maken van een werkgever die vermeerdering van arbeidstijd zal vragen teneinde de problemen die hij ziet bij vermindering (en waarom hij zich ook verzet tegen het verzoek van de werknemer om vermindering van de arbeidsduur) aan te pakken.

Veiligheid:

Veiligheid speelde een rol bij de kantonrechter in Groningen.¹⁴⁸ De kwestie draaide om de gevolgen van één dag werkvermindering van een superintendent bij een rederij. Een superintendent heeft gemiddeld vijf schepen onder zijn beheer. Daarnaast nemen superintendents voor elkaar waar als één van hen niet aanwezig is. Zij functioneren als 'back-up' voor gemiddeld vijf schepen. Ten tijde van de beslissing van de kantonrechter had de rederij ongeveer veertig schepen

144 Hof Amsterdam 26 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB159I, JAR 2007/193.

145 Rb. Almelo (ktr.) 28 december 2007, JAR 2008/41.

146 Rb. Overijssel (ktr.) 18 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA3817, JAR 2013/150.

147 Rb. Utrecht (ktr.) 2 december 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO7154 en Rb. Overijssel (ktr.) 18 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA3817, JAR 2013/150.

148 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 25 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2033, RAR 2018/131.

in beheer en er is dan volgens de kantonrechter ook enige ruimte in de bezetting, zodat niet alleen de werknemer die vermindering vroeg een schip minder in beheer kon houden, maar ook een aantal van zijn directe collega's. Bovendien kwamen er in de nabije toekomst niet veel schepen meer bij. Verder voerde de werkgever in het kader van de veiligheid aan dat bij een dag per week minder aanwezigheid van de werknemer er structureel overdracht moet plaatsvinden van de op zijn schip spelende zaken en dat overdracht op zichzelf al een risico op fouten met zich brengt. De kantonrechter wijst op het begrip 'ernstige problemen' in artikel 2 lid 9 Wfv en vindt onvoldoende aannemelijk gemaakt dat bij een vierdaagse werkweek dat risico onaanvaardbaar veel groter zal zijn dan bij een vijfdaagse werkweek, dan wel dat dit zonder meer zal leiden tot ernstige problemen. Bovendien heeft de werknemer verzekerd dat zijn bereikbaarheid voor de toekomst geen probleem zal zijn en dat hij bereid is en blijft om 24/7 bereikbaar te zijn, ook op de dag die hij minder gaat werken.

Ernstige problemen bij de bedrijfsvoering:

In de kwestie die speelde bij gerechtshof 's-Hertogenbosch¹⁴⁹ ging het om de stelling van de werkgever dat de vermindering van uren leidt tot ernstige problemen voor de bedrijfsvoering, al dan niet bij de herbezetting. Volgens het hof blijkt dit niet uit de drie aangevoerde redenen. De werknemer heeft met ingang van 1 november 2017 9,75 uur per week ouderschapsverlof opgenomen, zodat zij 24 uur per week werkzaam was. Op 9 mei 2019 heeft de werknemster met de werkgever onder andere gesproken over haar wens om na het eindigen van het ouderschapsverlof (op 24 juli 2019) 24 uur per week te kunnen blijven werken. De werkgever voerde allereerst aan dat de functie praktisch gezien niet valt uit te voeren in 24 uur per week. Het hof verwerpt dit verweer en oordeelt in de kern dat de werknemster al ruim anderhalf jaar haar functie feitelijk heeft uitgevoerd in 24 uur per week. Ook de stelling van de werkgever dat de indirecte werkzaamheden relatief te zwaar drukken bij een werkweek van 24 uur sneeft, met dezelfde overweging: het is de werknemster gedurende ruim anderhalf jaar feitelijk gelukt om haar werkzaamheden uit te voeren in 24 uur per week. In die periode hebben zich kennelijk geen problemen voorgedaan. Ten slotte was aangevoerd dat de werkgever een belangrijk financieel belang heeft bij een grotere inzet van de werknemster dan 24 uur per week. Gesteld werd dat haar declarabele aandeel in 2018 slechts 56,6% was, terwijl de norm 70% is. De werknemster heeft daar echter tegen ingebracht dat zij substantieel aan het bedrijfsrendement heeft bijgedragen, omdat haar brutosalaris € 43.000 bedroeg, terwijl zij een omzet had van € 102.000. Het hof neemt dit verweer over en voegt daar nog aan toe dat – natuurlijk – de werkgever ook kosten moeten toerekenen aan de werknemster voor personeelsleden die geen declarabele werkzaamheden verrichten, en andere kosten, zoals ICT, huisvesting enzovoort. Maar de werkgever heeft – nog steeds volgens het hof – geen berekening gemaakt waaruit blijkt dat de werknemster met een dienstverband van 24 uur per week – en uitgaande van haar recente prestaties – de werkgever in financieel opzicht niets of onvoldoende oplevert. Uitgaande van de norm dat er ernstige problemen moeten zijn voor de bedrijfsvoering (bij de herbezetting) ontwerpt het hof de toetssteen dat niet blijkt

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

dat de werknemer met een vermindering van arbeidsduur de werkgever niets of onvoldoende oplevert.

2.16.9.2 Vermeerdering van de arbeidsduur

Bij vermeerdering van de arbeidsduur is in ieder geval sprake van een zwaarwegend bedrijfsbelang of dienstbelang als die vermeerdering leidt tot ernstige problemen van financiële of organisatorische aard, wegens het niet voorhanden zijn van voldoende werk of omdat de vastgestelde formatieruimte of personeelsbegroting ontoereikend is. De regering erkent dat, meer dan bij vermindering van arbeidsduur, de drie criteria tegen het toestaan van uitbreiding van de arbeidsduur elkaar kunnen overlappen.¹⁵⁰ Zo kan het niet voorhanden zijn van voldoende werk te maken hebben met ernstige financiële problemen. De drie genoemde zwaarwegende belangen zijn niet limitatief. Een werknemer die bijvoorbeeld 40 uur per week wil werken, terwijl het bedrijf een 36-urige werkweek kent, kan tegen dit zwaarwegende belang van de werkgever aanlopen.

2.16.9.3 Werktijd in de Wfw

Bij de aanpassing van de werktijd in de zin van de Wfw is een mix gevonden van de criteria bij vermeerdering en vermindering van arbeidsduur. De ernstige problemen moeten betrekking hebben op het gebied van veiligheid, van financiële of organisatorische aard zijn en verder van roostertechnische aard zijn.

Een mooie, inhoudelijk interessante zaak speelde zich af in een museum in Amsterdam. De kwestie is ook interessant voor een poging te bezien of de Wfw ook geschikt is voor zaken van de zijde van de werkgever tot vermindering of vermeerdering van arbeidsduur.

In kort geding is door de kantonrechter in Amsterdam¹⁵¹ de zaak behandeld van de museumdocente/rondleidster die uitbreiding van haar arbeidsduur vorderde. Door de rechter wordt het (in kort geding) aannemelijk bevonden dat het plannen van de rondleidingen zonder de inzet van freelancers onmogelijk is. De museumdocente kan nu eenmaal niet op alle rondleidingen worden ingezet, alleen al omdat sommige rondleidingen gelijktijdig worden gegeven en omdat zij ook recht heeft op vakantie- en vrije dagen. Ook is duidelijk geworden dat het museum kampt met teruglopende subsidie. Uitbreiding van het aantal vaste formatie-uren leidt tot meer vaste lasten. Van vrijval van formatieruimte voor de functie die de museumdocente vervult, is niet gebleken. In de begroting voor 2017 is niet voorzien in vervanging van personeel dat met pensioen gaat. De museumdocente viste dus achter het net.

De door de werkgever aangevoerde redenen vormden een mix van organisatorische, financiële en roostertechnische aard. Zij scoorden waar het ging om afwijzing van het verzoek. Ze waren ook typisch gericht op een verdediging van het beleid binnen de onderneming (formatie, organisatie). Zou de positie van werkgever en werknemer worden omgedraaid en zou de argumentatie van de werkgever in de zaak van het verzoek van werknemer worden omgedraaid, in die zin

¹⁵⁰ *Handelingen II 1999/2000*, nr. 101, p. 5828.

¹⁵¹ Rb. Amsterdam (ktr.) 1 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:771, JAR 2017/771.

dat zij zou kunnen zijn gebruikt om een vermindering van arbeidsduur door te voeren op verzoek van de werkgever zelf, dan is het argument van het extra verlies van bijna € 6000 op jaarbasis nauwelijks een argument. Zou bijvoorbeeld het nog meer inzetten van vrijwilligers worden aangevoerd, in het kader van flexibiliteit, dan zou dit ook niet snel slagen.

Onze conclusie luidt dan ook dat uit de rechtspraak over de Wfw weinig relevant valt te halen voor beoordelingen van de zijde van de werkgever in verband met aanpassing van arbeidsduur of arbeidstijd/werktijd.

2.17 Werktijd, BBA 1945, verbod van werktijdverkorting

Werktijd is het begrip dat in het BBA 1945 wordt gebruikt bij het in artikel 8 lid 1 neergelegde verbod om de werktijd van de werknemer op minder dan 48 uur per week te stellen of gesteld te houden. Het gebruik van het woord ‘werktijd’ dateert dus al van 1945 en bijgevolg ver voor de ATW van 1995 en de Waa van 2000. Het verbod houdt niet in dat de werknemer ook daadwerkelijk 48 uur per week moet werken. Bij individuele arbeidsovereenkomst of cao mag worden overeengekomen dat de werknemer minder dan 48 uur per week werkt.¹⁵² De werkgever hoeft dan alleen loon over die overeengekomen uren te betalen. Terecht maken Van Drongelen en Fase de kritische opmerking dat toen in 1985 de Minister van Sociale Zaken vrijstelling verleende van het verbod van werktijdverkorting, om daarmee de structurele arbeidsduurverkorting mogelijk te maken, hij er volledig aan voorbijging dat artikel 8 lid 1 BBA 1945 een eenzijdig tot de werkgever gericht verbod geeft en geen belemmering vormt voor een overeengekomen vermindering van de arbeidsduur, zelfs met vermindering van loon.¹⁵³ De achtergrond van het in het BBA 1945 opgenomen verbod van werktijdverkorting (en de nadruk op de werktijd) is dat het loon van de betrokken werknemer door het toepassen van werktijdverkorting geen onaanvaardbare vermindering ondergaat. Een tweede oogmerk is dat de werkgever door het toepassen van werktijdverkorting het opzegverbod van artikel 6 BBA 1945 kan omzeilen. Gedoeld wordt op het zogenaamde ‘op nul uren stellen’. Beide oogmerken kunnen anno 2020 op andere wijze worden bereikt. Werktijdverkorting gepaard gaand met loonsverlaging wordt door de rechter beoordeeld aan de hand van het goed werkgeverschap, zoals neergelegd in het arrest *Stoof/Mammoet*, met zijn drietrapsraket. De arbeidstijd verkorten tot nul uur, waardoor er effectief geen arbeid meer kan worden verricht, wordt door hetzelfde arrest bestreken. De (on)zuiverheid van oogmerk kan worden beoordeeld, zowel op grond van het zogenoemde kale goed werkgeverschap als op grond van het aangekleed goed werkgeverschap, in de zin van *Stoof/Mammoet*. De vanwege het coronavirus nieuwe, in de plaats van de regeling Werktijdverkorting getreden, Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkgelegenheid (NOW) kent de bepaling dat de geldelijke bijdrage door de ondernemer kan worden genoten als ontslag van de werknemer

152 J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *De individuele arbeidsovereenkomst*, deel I, Zutphen: Paris 2007, p. 117.

153 Van Drongelen & Fase 2007, p. 118 en J. van Drongelen, *Nogmaals artikel 8 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945*, SMA 1986, p. 664.

uitblijft.¹⁵⁴ Onder de NOW 2.0 (vanaf 25 juni 2020)¹⁵⁵ is ontslag wel mogelijk. De in de NOW opgenomen extra korting van 50% bij bedrijfseconomisch ontslag in de NOW vervalt.¹⁵⁶ In beide regelingen wordt niets opgemerkt over de eenzijdige wijziging in de vorm van verslechtering van arbeidsvoorwaarden, zoals loon of arbeidsduur. De bescherming van de werknemer daartegen wordt door goed werkgeverschap in de zin van het arrest *Stoof/Mammoet* gegeven.

Deelname aan de NOW 2.0 betekent ook dat de werkgever een inspanningsverplichting heeft om werknemers te stimuleren om aan bij- en omscholing te gaan doen, zodat werknemers zich kunnen aanpassen aan de nieuwe economische situatie. Werkgevers leggen hier bij aanvraag van de NOW 2.0 een verklaring over af. Om werkgevers en werknemers daarbij te helpen trekt het kabinet € 50 miljoen uit voor het crisisprogramma 'NL leert door'. Naar onze mening betekent dat dat ook bij een verslechtering van arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 7:613 en 7:611 BW de bereidheid en de mate waarin de werkgever werk heeft gemaakt van scholing een rol speelt bij de invulling van het zwaarwichtig belang (art. 7:613 BW) of de aanleiding om een eenzijdige wijziging voor te nemen (art. 7:611 BW, *Stoof/Mammoet*).

De invoering van NOW en NOW 2.0 heeft nog een ander gevolg voor de rechterlijke beoordeling van een tijdens het bestaan van de regelingen plaatsvindende eenzijdige verslechtering van arbeidsvoorwaarden. De vraag zou namelijk ook kunnen rijzen of het bestaan van de regelingen NOW en NOW 2.0, en de mogelijkheid dat de werkgever er gebruik van maakt, van invloed is op het voornemen om arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Toepassing van het subsidiariteitsbeginsel in het kader van zowel de zwaarwichtige redenen als de aanleiding om tot de eenzijdige wijziging over te gaan zou niet alleen tot het afwijzen van de zwaarwichtigheid van de redenen (ex art. 7:613 BW) kunnen leiden, maar ook ernstige twijfel aan de gerechtvaardigde aanleiding (ex art. 7:611 BW) om tot eenzijdige wijziging over te gaan kunnen oproepen.

2.18 Arbeidstijd(en) en (werk- of dienst)roosters

Na de bespreking de arbeidsduur (par. 2.16) komen in het navolgende de arbeidstijd en het werkrooster aan de orde. Zoals arbeidsduur en arbeidstijd moeten worden onderscheiden, zo is dat ook het geval bij arbeidstijd en werkrooster. Vandaar dat we eerst beginnen met de definitie en korte bespreking van de arbeidstijd en vervolgens met die van het werkrooster, waarna de beide onderwerpen verder in paragraaf 2.19 (arbeidstijd) en 2.21 (werkrooster) worden uitgewerkt.

¹⁵⁴ Voorwaarden, derde en vierde bullet: 'De werkgever vraagt gedurende de periode waarover hij de tegemoetkoming ontvangt géén ontslag aan voor zijn werknemers wegens bedrijfseconomische redenen. De werkgever krijgt daarbij de mogelijkheid om een reeds ingediende ontslagaanvraag in te trekken.'

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2019/20, 35420, nr. 38 en Kamerstukken II 2019/20, 35420, nr. 42.

¹⁵⁶ Brief van minister Koolmees aan de Tweede Kamer van 22 juni 2020 (betreft Aanbieding regeling Tweede tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid).

Zowel voor de arbeidstijd (zondagsarbeid, pauzeregelingen, nachtdienst en consignatie) als voor het arbeidspatroon (de ATW spreekt niet van roosters maar van arbeids- en rusttijdpatronen) kent deze wet specifieke normen waarmee de werkgever rekening moet houden. Zij zijn van belang voor het onderwerp van de eenzijdige wijziging van de arbeidstijd en het werkrooster.

In de eerste plaats dient de werkgever een zo goed mogelijk beleid te voeren ter zake van arbeids- en rusttijden en houdt hij daarbij, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevegd kan worden, rekening met persoonlijke omstandigheden van de werknemers. In de tweede plaats wordt, zo bepaalt artikel 4:1 lid 1 ATW, het arbeids- en rusttijdenbeleid gevoerd in samenhang met het arbeidsomstandighedenbeleid, bedoeld in de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet). Met name de risico-inventarisatie en -evaluatie (RIE) is van belang. Op de derde plaats worden de uit het arbeids- en rusttijdenbeleid voortvloeiende arbeids- en rusttijdpatronen schriftelijk vastgelegd (en zodanig bewaard dat iedere werknemer de mogelijkheid heeft desgewenst hiervan kennis te nemen). Op de vierde plaats toetst de werkgever de tot stand gekomen arbeids- en rusttijdpatronen aan de ervaringen die daarmee zijn opgedaan, alsmede hoe deze ervaringen zich verhouden met nieuwe ontwikkelingen op het gebied van organisatie van arbeids- en rusttijden. Indien daartoe aanleiding is, vindt bijstelling van het beleid plaats. Artikel 5 Arbowet is van overeenkomstige toepassing. Op de vijfde plaats houdt de werkgever, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevegd, bij de vaststelling van het arbeidstijdpatroon van de werknemer rekening met persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid, waaronder in elk geval begrepen zorg en zorgtaken voor kinderen, (afhankelijke) familieleden, verwanten en naasten alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden die door de werknemer worden gedragen. Op de zesde plaats dient de werkgever die een arbeids- en rusttijdpatroon voor de bij hem werkzame werknemers vaststelt of opnieuw vaststelt, dit zo tijdig mogelijk aan de werknemers mee te delen. In de meeste gevallen leidt dat ertoe dat ten minste 28 dagen van tevoren aan de werknemer mededeling wordt gedaan. De aard van de arbeid kan daaraan in de weg staan (art. 4:2 lid 3 ATW) en dan moeten ten minste vier dagen van tevoren de tijdstippen waarop de werknemer de arbeid moet verrichten bekend zijn. En op de zevende plaats moet, indien uit het arbeidsgezondheidskundig onderzoek blijkt dat de gezondheidsproblemen van de werknemer voortvloeien uit het verrichten van nachtdiensten, de arbeid van die werknemer binnen een redelijke termijn zodanig worden ingericht dat hij de arbeid verricht anders dan in een nachtdienst. Tenzij door de werkgever aannemelijk wordt gemaakt dat die inrichting van de arbeid redelijkerwijs niet van hem kan worden gevegd.

Uit deze zeven verplichtingen blijkt ons inziens voldoende dat bij arbeidstijd geen sprake meer kan zijn van een instructierecht, ondanks het feit dat in de definitie van de ATW gesproken wordt van de tijd dat de werknemer onder gezag van de werkgever arbeid verricht. 'Onder gezag' slaat hier ons inziens niet op het instructierecht van de werkgever, maar op de omstandigheid dat de ATW ook de uitbreiding van het toepassingsgebied kent tot zelfstandigen, en zelfs extraterritoriale werking heeft, en er dan nog steeds voldoende invloed van de zijde van de werkgever op de werkzaamheden van de werknemer of de zelfstandige mogelijk moet zijn.

2.19 De betekenis van een cao voor de wijziging van de arbeidstijd

Terug nu naar de arbeidstijd(en). We beschreven hierboven de zeven verplichtingen voor de werkgever ingevolge de ATW. Die hebben hun invloed op de toepassing van zowel het bepaalde in artikel 7:613 BW als het bepaalde in artikel 7:611 BW. Voor die toepassing van artikel 7:613 en 7:611 BW is, voor het zwaarwichtig belang en voor de aanleiding om een wijziging door te voeren, van belang wat in de cao is geregeld. Bijzonder is dat voor de arbeidstijden een ander begrip wordt gebruikt dan de cao. En op de tweede plaats is voor het onderwerp van de arbeidstijden bijzonder dat er een in de wet neergelegde verplichting is om een zo goed mogelijk beleid van arbeidstijden te voeren, waarbij rekening wordt gehouden met persoonlijke omstandigheden van de werknemers.

1. Collectieve regeling

Allereerst moet aandacht worden besteed aan het begrip ‘collectieve regeling’ in de ATW. Een collectieve regeling in de zin van de ATW is niet enkel een cao. Ingevolge artikel 1:3 ATW wordt onder een collectieve regeling zowel een collectieve overeenkomst als bedoeld in artikel 1 Wet CAO verstaan alsook een andere aldaar genoemde regeling. Ingevolge artikel 1:4 ATW wordt een collectieve regeling weer gelijkgesteld met een regeling waaromtrent de werkgever schriftelijk overeenstemming heeft bereikt met het medezeggenschapsorgaan. Onder medezeggenschapsorgaan wordt overigens niet alleen de OR, maar ook een personeelsvertegenwoordiging (PVT) verstaan.

De discussie die wij hierboven hebben gevoerd over de rol van de OR wordt voor wat betreft de toepassing van de ATW (arbeidstijd en arbeids- en rusttijdpatroon) in zoverre beïnvloed dat enerzijds de wetgever, ten opzichte van een ondernemingsovereenkomst met de OR, de nadruk heeft gelegd op de grotere betekenis van een cao, conform artikel 1 Wet CAO gesloten tussen werkgever(sorganisaties) en een of meer vakbonden, en anderzijds de ATW dat onderscheid niet meer aanbrengt. Kort gezegd kan, ook voor wat betreft de discussie over de betekenis van een cao in de toepassing van artikel 7:613 BW, schriftelijke overeenstemming met de OR of de PVT over in de ATW toegestane uitzonderingen op werk- en rusttijden en arbeidspatronen met de cao worden gelijkgesteld.

2. Belang van een cao/collectieve regeling in de zin van de ATW

Ten tweede is, zoals wij in paragraaf 2.10.1 tot en met 2.10.5, bij de eenzijdige wijziging van het loon, het belang van de aanwezigheid van een cao onderstreepten, dat ook het geval bij de eenzijdige wijziging van de arbeidstijd. De omstandigheid dat de wijziging van de arbeidstijd in de cao is geregeld, is een belangrijke factor voor de zwaarwegendheid/zwaarwichtigheid van artikel 7:613 BW. Ook daarin komt weer tot uiting dat de cao voor de wetgever een belangrijke reden is om, indien ook wijziging¹⁵⁷ is geregeld, sneller zwaarwichtigheid aan te nemen. Tegelijkertijd kan dus ook bij verandering van de arbeidstijd de ingreep zo hevig zijn dat aan een beoordeling van de zwaarwichtigheid niet wordt toegekomen en meteen wordt doorgegrepen naar het te grote nadeel voor de werknemer. Ook

157 De vraag is of ook tussen cao-partijen overeengekomen flexibiliteit als wijziging moet worden opgevat. Ik zou denken van niet in het 613-geval en wel bij *Stoof/Mammoet*.

daar kan artikel 4:1 ATW een grote rol spelen, vooral wanneer de werknemer een bepaald patroon al lang heeft.

3. Invloed Kolom, Victoria en SIPOR

De beslissing van de Hoge Raad in de Kolom-beschikking,¹⁵⁸ de Victoria-beschikking¹⁵⁹ en de SIPOR-beschikking,¹⁶⁰ dat een werkgever een transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd is, betreft de situatie dat, door omstandigheden gedwongen, tot gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst is overgegaan en indien de gedeeltelijke beëindiging een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer betreft.

In mijn ogen maakt de Hoge Raad zich hier schuldig aan niet helemaal zorgvuldig genoeg taalgebruik. In plaats van ‘arbeidstijd’ had ‘arbeidsduur’ moeten zijn gebruikt. Dat blijkt uit twee omstandigheden, namelijk, ten eerste, het gebruik van de woorden ‘substantiële en structurele’ voor ‘vermindering’. Een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd in de zin van de arbeidsuren ten opzichte van bijvoorbeeld rustpauzes en avond- of nacht arbeid en dergelijke in de onderneming komt niet substantieel voor. Het woord ‘substantieel’ in de zin van ‘een grote hoeveelheid’ of ‘in grote mate’ hoort niet bij arbeidstijd, maar bij arbeidsduur. En ten tweede is de vermindering met ten minste 20% niet iets wat bij arbeidstijd hoort, maar wel bij arbeidsduur.

Hoewel dus moeilijk voorstelbaar is dat een substantiële en structurele vermindering zich voordoet bij arbeidstijd, kan niet worden uitgesloten dat de Hoge Raad bedoeld heeft wat er staat. In dat geval zou ook een transitievergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd kunnen zijn. Dan zou bij een vermeende substantiële en structurele arbeidstijdvermindering, bij de toepassing van de criteria uit het arrest *Stoof/Mammoet*, vermindering/wijziging eerder van de werknemer kunnen worden gevergd.

2.19.1 Geen cao en wel ‘collectieve regeling’

Is geen cao aanwezig, maar een collectieve regeling in de zin van de ATW, dan dient op grond van de wettelijke regeling in de ATW deze collectieve regeling in beginsel gelijk te worden gesteld aan een cao. In beginsel, omdat immers mogelijk is dat de OR of de, bij een kleine onderneming, PVT aantoonbaar onder bepaalde druk is gezet, waarvan aangenomen mag worden dat hij indien uitgeoefend op een vakbond, niet tot hetzelfde resultaat zou hebben geleid.

Is geen cao of geen collectieve regeling van toepassing en wil de werkgever toch gebruik maken van een met de werknemer overeengekomen eenzijdige-wijzigingsbeding, dan zal de zwaarwichtigheid anderszins (dan door de aanwezigheid van een collectieve regeling) moeten worden aangetoond. In de paragraaf over zwaarwichtigheid (par. 2.9) hebben wij de diverse varianten van aangevoerde zwaarwichtige belangen besproken. De afwezigheid van een cao leidt zowel bij de toepassing van artikel 7:613 BW als bij de toepassing van artikel 7:611 BW tot bijna dezelfde afweging, waarbij de substantialiteit van de arbeidsduurverkortung,

¹⁵⁸ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

¹⁵⁹ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

¹⁶⁰ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749.

à la Fair Play, ook weer het enige zwaarwegende element kan zijn in de afweging zoals weergegeven in artikel 7:613 en 7:611 BW. In de bijdrage van Bas Westerhout (hoofdstuk 4) worden alle casus vanaf 2011 besproken en geanalyseerd op de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang bij artikel 7:613 BW of de drie trappen uit *Stoof/Mammoet*. Maar ook hier kan van belang zijn dat de Hoge Raad in de *Victoria*-beschikking weliswaar een halt heeft toegevoerd aan een (verdere) ontwikkeling van een gedeeltelijk einde van de arbeidsovereenkomst en de idee van een partiële ontbinding de kop heeft ingedrukt, maar wel staande houdt dat een transitievergoeding in de zin van artikel 7:673 BW betaald moet worden bij een structurele en substantiële arbeidstijdvermindering. De verplichting voor de werkgever om in zo'n geval een (aan de hoeveelheid veranderde uren aangepaste) vergoeding te betalen kan van belang zijn voor de beoordeling van de mate waarin van de werknemer gevergd kan worden dat hij de vermindering van de arbeidsduur aanvaardt, en of dat van hem gevergd kan worden (de derde stap in de drietrapsraket van *Stoof/Mammoet*).

2.20 Moet het privébelang altijd wijken?

Gaat het om een weging van een (zwaarwichtig, maar ook gewoon, zoals in artikel 2 lid 7 (spreiding van uren) en lid 6 (aanpassing werkplek) Wfw) belang van de werkgever tegenover een te wijken belang van de werknemer, dan moet vooral het privébelang van de werknemer vaak wijken. Is dat terecht?

Twee 'uitgangspunten' lijken er debet aan te zijn dat het belang van de werknemer vaak moet wijken. Het eerste uitgangspunt is dat het bedrijfsbelang per definitie boven dat van het privébelang van de werknemer gaat. De werknemer is immers in dienst bij de werkgever en krijgt daarvoor loon betaald. De werknemer is onderhevig aan het gezag van de werkgever en dient in beginsel te doen wat deze zegt in het kader van de dienstverhouding. Daarin past in beginsel niet dat het privébelang prevaleert. Het tweede uitgangspunt is dat de (Waa en) Wfw niet voor niets het privébelang van de werknemer niet noemt als wegingsfactor, wanneer de werkgever een verzoek van de werknemer tot vermeerdering of vermindering van de arbeidsduur moet beoordelen. De Wfw gaat uit van zwaarwichtige belangen van de werkgever, zowel bij vermindering als bij vermeerdering van arbeidsduur, en noemt niet het (privé)belang van de werknemer. Dat is (overigens) anders bij de inroostering ofwel de spreiding van uren.

Daar staat evenwel het volgende tegenover: ingevolge artikel 4:1 ATW voert de werkgever een zo goed mogelijk beleid ter zake van arbeids- en rusttijden van de werknemer en houdt daarbij, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening met persoonlijke omstandigheden van de werknemers. Het beleid wordt gevoerd in samenhang met het arbeidsomstandighedenbeleid als bedoeld in de Arbwet. De werkgever is bovendien verplicht om de tot stand gekomen arbeids- en rusttijdpatronen te toetsen aan de ervaringen die daarmee zijn opgedaan. Ook moet de werkgever de ervaringen beoordelen op nieuwe ontwikkelingen op het gebied van organisatie van arbeids- en rusttijden. En als daartoe aanleiding is, vindt een bijstelling van het beleid plaats.

Ingevolge artikel 4:1a ATW houdt de werkgever bij de vaststelling van de arbeidstijdpatronen van de werknemer (lees: het vroegere werkrooster) rekening met persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid,

waaronder in elk geval begrepen de zorg(taken) voor kinderen, (afhankelijke) familieleden, verwanten en naasten alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden die door de werknemer worden gedragen. Dit voorschrift nuanceert in elk geval de stelling dat het werkgeversbelang al bijna per definitie prevaleert. Wij stellen ons op het standpunt dat de afweging van de persoonlijke belangen expliciet moet gebeuren. Dat betekent dat wanneer in de afweging alleen de belangen van de werkgever, zoals de verantwoordelijkheid voor een goede en verantwoorde organisatie en marktpositie van het bedrijf alsmede behoud van werkgelegenheid, in de weegschaal worden gelegd, daarmee onvoldoende afweging heeft plaatsgevonden van de betrokken belangen. In onze ogen kan niet, zoals bij de hieronder besproken zaak bij de kantonrechter in Leeuwarden gebeurde, worden volstaan met een afweging dat wanneer de werknemer de kosten van de kinderopvang als argument in het geding brengt, slechts opgemerkt wordt dat niet alleen het inkomen van de werknemer, maar dat van het hele gezin in aanmerking wordt genomen, een op de toepassing van de Participatiewet gelijkende overweging. Alleen de kosten van de werknemer en niet van alle gezinsleden tezamen dienen in de persoonlijke omstandigheden in de zin van artikel 4.1a ATW te worden betrokken. De uitspraak van de kantonrechter in Leeuwarden¹⁶¹ zullen we hieronder uitgebreider opnemen, omdat daarin ook geoordeeld wordt over het verweer van de werkgever dat geen wijziging is beoogd van een rooster, maar dat alleen meer flexibiliteit van de werknemer gevraagd wordt. Het komt ons voor dat een gevraagde flexibiliteit leidt tot een wijziging in het rooster en dus wel degelijk een wijziging is.

In de inroosteringskwestie (in de praktijk werkt de werknemer 20 uur, op de maandagen, dinsdagen en donderdagen) oordeelde de kantonrechter in Leeuwarden¹⁶² dat feitelijk in geschil is de vraag of de werkgever in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werknemster mag vragen om zo nodig de bedongen arbeidsuren flexibeler over de week te verdelen. Anders gezegd: mag de werkgever van de werknemster een stukje flexibiliteit vragen? Om meer gaat het volgens de rechter in deze zaak niet, zeker niet nu – naar niet is weersproken – vaststaat dat de werkgever bij de inroostering zo veel mogelijk rekening houdt met de wensen van zijn personeel en dus ook met die van de werknemer. Dat betekent dat het bepaalde in artikel 2 lid 6 Waa niet van toepassing is, zodat voor de gewijzigde roostersystematiek aan de zijde van de werkgever geen ‘zwaarwegend bedrijfsbelang’ aanwezig hoeft te zijn.

Maar ook al zou dit anders zijn, dan levert de instemming van de onderdeelcommissie van de OR het (rechts)vermoeden op dat een zwaarwegend bedrijfsbelang aanwezig is. De vraag of tussen partijen een eenzijdige-wijzigingsbeding geldt, behoeft – bij gebreke van een zelfstandig belang – geen beantwoording. Zou artikel 7:613 BW in casu namelijk van toepassing zijn, dan geldt ook hier het vermoeden van zwaarwegend belang aan de zijde van de werkgever, aangezien de onderdeelcommissie van de OR met de wijzigingen in de roostersystematiek heeft ingestemd. De afweging van de verschillende belangen van partijen valt in het voordeel van de werkgever uit. Aannemelijk is geworden dat hij, om aan de

161 Rb. Leeuwarden (ktr.) 5 april 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AW0065, JAR 2006/109.

162 Rb. Leeuwarden (ktr.) 5 april 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AW0065, JAR 2006/109.

wensen van TPG Post te blijven voldoen en deze als klant te behouden, zijn personeel flexibeler moest inroosteren. De enkele stelling van de werkneemster dat zij in haar werk niets van veranderingen of een noodzaak daartoe heeft gemerkt, overtuigt geenszins. Er wordt op gewezen dat de werkgever als werkgever verantwoordelijk is voor een goede en verantwoorde organisatie en marktpositie van zijn bedrijf, alsook – voor zover dat in zijn vermogen ligt – voor behoud van werkgelegenheid. Hij heeft daarbij een zekere beleidsvrijheid, waaraan de individuele belangen van werknemers – binnen redelijke grenzen – ondergeschikt kunnen zijn. In de gegeven omstandigheden moet worden geconcludeerd dat de werkgever deze redelijke grenzen niet heeft overschreden. Ook is geen sprake van handelen in strijd met artikel 7:611 BW. Van belang hierbij acht de kantonrechter dat de werknemer ruim de tijd heeft gehad om haar privésituatie aan te passen. Uit hetgeen werkneemster ter zitting daaromtrent heeft meegedeeld, begrijpt de kantonrechter dat het niet zozeer is dat de flexibeler kinderopvang feitelijk niet mogelijk zou zijn, maar dat het veeleer zo is dat de werknemer de kosten daarvan te hoog vindt. Bij het kostenaspect moet niet slechts het inkomen van de werknemer zelf, maar het volledige gezinsinkomen worden betrokken. Op grond van al het vorenstaande wordt geconcludeerd dat de werkgever door van de werkneemster te vragen haar arbeidsuren volgens de nieuwe roostersystematiek flexibeler in te delen, niet in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in artikel 4:1a ATW.

2.21 (Werk)roosters

De wet spreekt niet van roosters, maar van arbeids- en rusttijdpatronen. In menige cao wordt daarentegen nog wel gesproken van roosters en inroostering. Met name in de dienstensector komt dat regelmatig voor (cao's van ziekenhuizen, particuliere beveiliging, horeca, uitgeverijbedrijf, recreatie, zwembaden, taxivervoer, busvervoer). Ook bij deze patronen stelt de wet eisen, zoals de hierboven al gememoreerde verhouding tussen artikel 4:1 en 4:2 ATW alsmede de toets van artikel 4:1 lid 3 ATW. Bij de vaststelling van de arbeidstijdpatronen moet rekening worden gehouden met persoonlijke omstandigheden voor zover dat redelijkerwijs van de werkgever kan worden gevergd. Deze norm van de redelijkheid vormt een pendant van het goed werkgeverschap en van de in *Stoof/Mammoet* neergelegde verbijzondering daarvan. Al aangenomen dat de redelijkheid niet meer is dan goed werkgeverschap¹⁶³ en niet het goed werkgeverschap van het *Stoof/Mammoet*-arrest inhoudt, pleiten wij toch voor *Stoof/Mammoet*. Reden daarvoor is dat wanneer blijkt dat voldoende rekening is gehouden met persoonlijke omstandigheden van de werknemer (ook buiten de arbeid) en het arbeidsomstandighedenbeleid als bedoeld in de Arbowet, een belangenafweging zal moeten plaatsvinden, wat typerend is voor de *Stoof/Mammoet*-afweging, en de aanleiding tot een ander arbeidstijdpatroon te komen een niet al te moeilijk te nemen horde is.

163 W.L. Roozendaal, Sdu Commentaar Arbeidsrecht thematisch, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 2123.

Verder is van belang dat ook de wijziging van een arbeids- en rusttijdpatroon in artikel 4:2 ATW is geregeld door de opneming van de woorden 'opnieuw vaststelt'. Even belangrijk is dat het zo tijdig mogelijk aan de werknemer meedelen van een wijziging een nadere bepaling kent in artikel 4:2 lid 1 ATW. Met betrekking tot de tijdigheid geldt namelijk dat wat daaromrent bij de collectieve regeling is bepaald of, indien geen collectieve regeling van toepassing is dan wel de collectieve regeling over de tijdigheid geen bepaling bevat, dat wat telkens met instemming van de betrokken werknemer over de ingangsdatum is (lees: moet worden) bepaald.

2.21.1 Is een werkrooster een arbeidsvoorwaarde?

Bij een werkrooster spitst de discussie zich toe op het antwoord op de vraag of er sprake is van een arbeidsvoorwaarde: door de kantonrechter in Amsterdam¹⁶⁴ en de kantonrechter in Delft¹⁶⁵ werd een werkrooster aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde, maar door de kantonrechter in Alkmaar¹⁶⁶ en de kantonrechter in Zaandam¹⁶⁷ weer niet. Doorgaans, zo merkt de redactie van *Jurisprudentie Arbeidsrecht* (JAR) op,¹⁶⁸ volgt een belangenafweging die soms in het voordeel van de werkgever¹⁶⁹ en soms in het voordeel voor de werknemer uitvalt.¹⁷⁰ De discussie over het antwoord op de vraag of een werkroosterwijziging een wijziging van arbeidsvoorwaarden is, lijkt van minder belang te zijn geworden doordat zowel voor de toepassing van artikel 7:613 BW als voor die van artikel 7:611 BW het in hoofdzaak om arbeidsvoorwaarden in brede zin gaat en de 'omstandigheden op het werk' een allesomvattend begrip is geworden. Afbakeningen zullen dan ook vooral nog plaatsvinden op het grensvlak van arbeidsvoorwaarden en wat onder het instructierecht ofwel ordeningsrecht van de werkgever valt.

Het komt evenwel niet voor dat een rechter het werkrooster onder het instructierecht laat vallen. De grote uitzondering hierop wordt door Bas Westerhout besproken en geanalyseerd in hoofdstuk 4 van dit boek.

In de zaak bij de kantonrechter in Amsterdam¹⁷¹ had de werkgever, een ROC, bepleit dat geen sprake was van arbeidsvoorwaarden, maar van een op het instructierecht gebaseerd artikel F-13 van de cao BVE, waarin stond dat de werkgever na overleg met de werknemer de dagelijkse tijd en/of plaatsgebonden werktijden vaststelt en dat een bepaalde beschikbaarheidsregeling conform de tabel gold. De kantonrechter volgt de werkgever daarin niet en stelt vast dat het werkrooster deel is gaan uitmaken van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer (docent).

164 Rb. Amsterdam (ktr.) 11 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU7464, JAR 2011/299.

165 Rb. 's-Gravenhage (ktr.) 1 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA3847, JAR 2007/130.

166 Rb. Alkmaar (ktr.) 10 februari 2017, JAR 2017/101.

167 Rb. Zaandam (ktr.) 16 november 2006, JAR 2006/296.

168 Onder de uitspraak van Rb. Amsterdam (ktr.) 11 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU7464, JAR 2011/299.

169 RvB UWV 4 april 2008, JAR 2009/77 en Rb. Utrecht (ktr.) 27 april 2011, JAR 2011/166.

170 Rb. 's-Gravenhage (ktr.) 1 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA3847, JAR 2007/130 en Rb. Utrecht (ktr.) 9 juni 2010, JAR 2010/225.

171 Rb. Amsterdam (ktr.) 11 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU7464, JAR 2011/299.

2.21.2 Wat is dan die belangenafweging bij roosterwijzigingen?

Terugvallen op het goed werknemerschap en goed werkgeverschap uit het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest van 1998 komt anno 2014 nog gewoon voor.

Het gerechtshof in Arnhem¹⁷² lijkt daarvoor de norm van het goed werkgeven en werknemerschap toe te passen, zoals deze vorm zijn gegeven door de Hoge Raad in het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman*.¹⁷³ In zijn uitspraak moest het hof wijzigingen in het werkrooster van ambulanceverpleegkundigen en ambulancechauffeurs beoordelen. De stelling van de werknemers dat er een aanzienlijke inkomensachteruitgang plaatsvond door het schrappen van piketdiensten en het vervangen daarvan door parate diensten en aanwezigheidsdiensten, werd door het hof afgewezen. Het hof kwam tot het oordeel dat de bezoldiging gelijk bleef. Het hof vond de voorgestelde wijziging, die gebaseerd was op veranderde regelgeving, alleszins redelijk.

Het is de vraag of het nodig is om terug te vallen op het goed werknemerschap en goed werkgeverschap uit het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest van 1998. De *Taxi Hofman*-leer – voor zover al gesproken kan worden van een leer – kent inmiddels – in de vorm van het uit 2008 stammende *Stoof/Mammoet*-arrest – een vervolg dat de nadruk op goed werknemerschap aanzienlijk nuanceert. Ook in het bovenstaande geval kan het arrest *Stoof/Mammoet* worden gebruikt, waarbij van belang is dat de aanleiding voor de werkgever dan bestaat uit, door derden (overheid) opgelegde, veranderde regelgeving (en in beginsel dus een sterk argument is) en de redelijkheid daarvan (is het redelijk en kan het van de werknemer gevegd worden?) binnen de drietrapsraket van *Stoof/Mammoet* beoordeeld kan worden. Het gelijk blijven van het salaris is daarbij een belangrijke factor. In de kwestie van de ambulanceverpleegkundigen en ambulancechauffeurs¹⁷⁴ speelde ook nog een rol dat een hogere vaste onregelmatigheidsvergoeding aan de werknemers was toegekend en dat aan hen de mogelijkheid werd geboden zowel intern als extern nog overuren te maken. De vordering van de werknemers (zij eisten een afbouwregeling) werd afgewezen.

2.22 Spreiding van uren

Doordat de spreiding van uren op grond van de Wfw (de opvolger van de Waa) zelf wordt beoordeeld, vormt zij in de afwegingsperikelen – is het bepaalde in artikel 7:613 of 7:611 BW en wellicht zelfs in artikel 6:248 BW van toepassing? – geen (afbakenings)probleem. Artikel 2 lid 7 Wfw bepaalt dat de werkgever de spreiding van de uren vaststelt overeenkomstig de wens van de werknemer, maar dat de gewenste spreiding van de uren gewijzigd kan worden, indien de werkgever daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor

172 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6492, RAR 2014/147; JAR 2014/240.

173 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, JAR 1998/199.

174 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6492, RAR 2014/147; JAR 2014/240.

naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Deze formule lijkt op die van artikel 7:613 BW, maar met dit verschil dat de Wfw niet spreekt van een zodanig zwaarwichtig belang, maar slechts van een zodanig belang dat de wens van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Een echte belangenafweging derhalve, waarin de in paragraaf 2.20 uitgewerkte persoonlijke omstandigheden van de werknemer in beginsel even zwaar wegen als de belangen van de werkgever.

2.23 Bedrijfsauto, leaseauto, telefoon, laptop en onkosten

In het voorwoord van de eerste uitgave van dit boek (2008) stipten wij al even aan dat ook de auto, telefoon en laptop onder omstandigheden tot arbeidsvoorwaarden kunnen worden gerekend. In de periode tussen 2008 en 2020 is over de bedrijfsauto, de leaseauto en ook over reiskosten (woning-werk) de nodige rechtspraak verschenen, die in een kader dient te worden gezet. Dat zal gebeuren in een apart hoofdstuk,¹⁷⁵ zodat wij op de bovenvermelde onderwerpen nu niet verder door zullen gaan.

Slechts één onderwerp, dat zich bij de leaseauto met name voordoet, nemen wij kort onder de loep. Dat is de betekenis die de uit 2018 stammende uitspraak van de Hoge Raad inzake *PontMeyer* meteen al gehad heeft voor de leaseauto en de mobiele telefoon. Onder omstandigheden kan zowel een leaseauto als een mobiele telefoon een arbeidsvoorwaarde zijn (geworden) en hoeven ze bijvoorbeeld niet te worden ingeleverd bij ziekte.

In de uitspraak van de kantonrechter Utrecht¹⁷⁶ wordt als belangrijk feit vermeld dat de werknemer sinds 1 februari 2002 bij de werkgever in dienst is, laatstelijk als office manager. Op 5 maart 2018 heeft de werknemer zich ziek gemeld. Bij brief van 2 mei 2018 heeft de werkgever om teruggave van de aan de werknemer ter beschikking gestelde auto en telefoon verzocht. De werknemer heeft hier-
tegen geprotesteerd, waarna de werkgever de auto heeft laten ophalen en de telefoon en tankpas heeft geblokkeerd. Ook is een deel van het salaris ingehouden, omdat de werkgever een vervangende auto heeft ingehuurd. De eerste vraag is of de leaseauto en de telefoon arbeidsvoorwaarden zijn geworden, en de tweede is of een eenzijdige wijziging (lees: inname auto en telefoon) geoorloofd is.

In zijn uit 2018 stammende uitspraak *FNV/PontMeyer*¹⁷⁷ heeft de Hoge Raad beslist dat het bij de beantwoording van de vraag of tussen werkgever en werknemer een arbeidsvoorwaarde is ontstaan, aankomt op de zin die partijen aan elkaars gedragingen (en in verband daarmee staande verklaringen) hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. In dit verband komt betekenis toe aan gezichtspunten als (1) de inhoud van de gedragslijn, (2) de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen, (3) de lengte van de periode gedurende welke

175 Hoofdstuk 3 van de hand van Ribca van Wijngaarden.

176 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 25 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3624.

177 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, JAR 2018/183.

de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd, (4) hetgeen de werkgever en de werknemer in verband met deze gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard of juist niet hebben verklaard, (5) de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien, en (6) de aard en de omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd.

Op het antwoord op de vraag of tussen partijen over de auto en de telefoon een arbeidsvoorwaarde was ontstaan, overweegt de voorzieningenrechter¹⁷⁸ dat de werknemer al zeer lange tijd gebruik maakt van de door de werkgever ter beschikking gestelde auto en tankpas en telefoon, en dat er van een bestendig gebruik sprake was. Ook de vierde bullet van de *PontMeyer*-uitspraak wordt benut, namelijk wat partijen jarenlang niet tegen elkaar hebben gezegd, zodat het binnen de arbeidsrelatie met de werkgever nooit anders is geweest dan dat de werknemer de auto gebruikt. De werknemer hoefde er daarom ook geen rekening mee te houden dat hij deze zaken – op enkel verzoek van de werkgever en onmiddellijk – zou moeten inleveren. Het zou anders kunnen zijn geweest wanneer de werkgever voorwaarden aan het gebruik had verbonden, bijvoorbeeld onder welke omstandigheden teruggave van de auto aan de orde is, of dat de werknemer erop was gewezen dat sprake was van bruikleen in de zin van artikel 7 van de tussen partijen geldende cao. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat het gebruik van de auto, de tankpas en het mobiele telefoonabonnement een arbeidsvoorwaarde is geworden en voor zover de auto door de werknemer privé werd gebruikt er sprake is van loon, in de zin van artikel 7:617 lid 1 onder b BW. De volgende vraag is of het gebruik van de leaseauto, de tankpas en het mobiele telefoonabonnement eenzijdig kan worden gewijzigd, door van de werknemer te verlangen dat hij deze zaken per direct inlevert, nu hij vanwege arbeidsongeschiktheid niet aan het werk is. Het antwoord op deze vraag is ook een invulling van de vijfde bullet van het *PontMeyer*-arrest. In de arbeidsovereenkomst is geen eenzijdige-wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW opgenomen. Betwijfeld wordt vervolgens door de kantonrechter of de werkgever, in het kader van de toepassing van artikel 7:611 BW en in het bijzonder het arrest *Stoof/Mammoet*, een goede en valide aanleiding heeft om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. De werkgever voerde aan dat teruggave van de auto noodzakelijk was vanwege de overname van een ander koeriersbedrijf. Daarbij kwam dat de werknemer volgens de werkgever de auto niet meer nodig had voor de uitvoering van zijn werkzaamheden, omdat hij ziek thuiszat. Deze omstandigheden kunnen echter volgens de rechter geen reden zijn om tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden over te gaan. Allereerst niet omdat geen sprake was van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid en de werknemer op enig moment zal starten met re-integreren. Daarnaast maakte de werknemer ook voor privédoeleinden gebruik van de auto. Dat is hij tijdens zijn afwezigheid tijdens ziekte blijven doen. Ook de overname van een ander koeriersbedrijf is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen omstandigheid waarin gedaagde als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde.

178 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 25 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3624.

2.24 Functie

De wijziging van de functie van de werknemer is wellicht het lastigste onderwerp bij de toepassing van artikel 7:613 en 7:611 BW.

Is een functie een arbeidsvoorwaarde? Het antwoord op die vraag wordt ogenschijnlijk minder belangrijk, nu de Hoge Raad (in het arrest *Stoof/Mammoet*, zie de uitgebreide bespreking hierboven) ook bij de toepassing van artikel 7:611 BW in het kader van de beoordeling van (eenzijdige) veranderingen in de omstandigheden op het werk het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ heeft geïntroduceerd. De Hoge Raad spreekt in het geval van de toepassing van artikel 7:611 BW tot tweemaal toe ook over arbeidsvoorwaarden, eenmaal in de zin van ongewijzigde arbeidsvoorwaarden en de tweede keer in de zin van ongewijzigde voortdurende arbeidsvoorwaarden, bij gewijzigde omstandigheden op het werk. Van belang is dan vervolgens of de functie(wijziging) een arbeidsvoorwaarde is in de zin van artikel 7:613 of 7:611 BW. Een functie zal sneller een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:613 BW zijn, wanneer zij is opgenomen in de cao en vergezeld wordt van een functiebeschrijving, al dan niet in de tekst van de cao of in een toelichting of bijlage. Ook is mogelijk dat de functie in het kader van (de wijziging van) een functiewaarderingssysteem, beloningssysteem of re-integratiebeleid door de OR is vastgesteld of gemodificeerd, in verband met het instemmingsrecht ingevolge artikel 27 WOR. Van collectieve elementen ontdaan, zal de wijziging van een functie veelal via de route van artikel 7:611 BW verlopen. Zowel de befaamde kwestie van *Van der Lely/Taxi Hofman*¹⁷⁹ als die van *Stoof/Mammoet*¹⁸⁰ betrof een functiewijziging. Maar ook is denkbaar dat de functie eenzijdig wordt vastgesteld door de werkgever en dat een wijziging onder het instructierecht valt.

Voor ons reden om aan de functiewijziging uitgebreid aandacht te besteden.

2.24.1 Het belang van ‘de functie’ voor een werknemer

De functie van de werknemer kan worden geduid als de tussen werkgever en werknemer overeengekomen ingekaderde benoeming van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden. Benoeming, omdat de functie meestal binnen de onderneming en binnen de praktijk van alledag ontwikkeld is. Ingekaderd, omdat zodoende die werkzaamheden tamelijk precies kunnen worden omschreven. Het verband met functiebeschrijving en functie-indeling is evident, omdat enerzijds alle werknemers de binnen de onderneming of bedrijfstak bestaande functies moeten kunnen kennen en toetsen op gelijke toepassing, maar anderzijds de functieomschrijving en de functiewaardering binnen een bepaald stramen ook van belang zijn voor de (bepaalbaarheid van de) hoogte van het loon en andere emolumenten.

Aldus is de functie aan de ene kant van groot belang voor de werknemer en wellicht nog wel belangrijker dan het loon dat hij ontvangt, maar aan de andere kant zeer afhankelijk van wat de werkgever van de werknemer verlangt en,

179 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, JAR 1998/199.

180 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204.

binnen de institutionele opvatting van een onderneming,¹⁸¹ ook zeer vatbaar voor flexibiliteit en wellicht voor een groot deel zelfs vallend onder het instructierecht van de werkgever. Dat zal met name het geval zijn wanneer een functiebeschrijving, een functie-indeling en een functiewaardering, met bij de functie behorende salarisbepaling, niet in een toepasselijke cao zijn geregeld, maar in de individuele arbeidsovereenkomst, zoals vaak nog voorkomt, bepaald is dat de werknemer de werkzaamheden ook zal verrichten buiten de (indeling en al dan niet brede benoeming van de) functie waarin hij is aangenomen.

Het is te gemakkelijk om 'de functie' bijgevolg een hybride karakter toe te kennen. De functie, met de daaraan inherente beschrijving, indeling en waardering, heeft geen hybride karakter, maar verschillende verschijningsvormen. Hierna zal worden onderzocht of en hoe deze verschijningsvormen (goed) kunnen worden afgebakend.

Zo dient een onderscheid te worden aangebracht tussen de wijziging van de functie tijdens de dienstbetrekking en de (wijziging van de) functie aan het eind van de dienstbetrekking, die laatste meer toegespitst op de beëindiging ervan vanwege bedrijfseconomische redenen. Vervolgens moet voor wat betreft de functie tijdens de dienstbetrekking weer een onderscheid worden gemaakt tussen de functie die in de cao is geregeld en de functie die niet in de cao is geregeld. En vervolgens moet onderscheid worden gemaakt tussen de regeling die niet in de cao is neergelegd maar, in het kader van het instemmingsrecht, overeengekomen is tussen ondernemer en OR en die enkel tussen werkgever en werknemer. Dan is er verder nog de bijzondere regeling van de functiewijziging bij arbeidsongeschiktheid, waarbij van belang is of functiewijziging plaatsvindt in het raam van de verplichting van de werkgever en de arbeidsongeschikte werknemer passende andere arbeid aan te bieden respectievelijk te verrichten. Bij dit laatste speelt passende arbeid (in de zin van art. 7:660a aanhef en onder c en 7:658a lid 4 BW) een grote rol.

2.24.2 Functiewijziging in de rechtspraak

Het is hier de plek om eraan te herinneren dat de twee belangrijkste arresten van de Hoge Raad over de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst/arbeidsvoorwaarde, te weten het uit 1998 stammende *Taxi Hofman*-arrest¹⁸² en het uit 2008 stammende *Stoof/Mammoet*-arrest,¹⁸³ allebei gingen over de eenzijdige wijziging van een functie. In beide gevallen ging het om een functie die, op het eerste gezicht, niet in een cao was omschreven en evenmin in een ondernemingsovereenkomst tussen de werkgever als ondernemer en de OR.

181 Zie voor een uitgebreide bespreking van de institutionele en contractuele leer hoofdstuk 1 van Leopold Holtus.

182 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, JAR 1998/199.

183 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204; RAR 2008/128; Prg. 2008/148; JOL 2008/594; RvdW 2008/725; NJB 2008/1577; NJ 2011/185, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; Arbeidsrecht in 50 uitspraken 2012, p. 45, m.nt. F.B.J. Grapperhaus, W.J.M. Rauws en M.J.A.C. Driessen; Arbeidsrecht in 50 uitspraken 2010, p. 47, m.nt. N. Gundt; SR 2008/54, m.nt. J.J.M. de Laat; JWB 2008/338; AR-Updates.nl 2008-0437.

Van der Lely's functie

De functie van Van der Lely was oorspronkelijk, toen hij in 1989 in dienst trad bij het taxibedrijf van Hofman, voltijd chauffeur/centralist. Twee jaar nadat hij in dienst was getreden, is Van der Lely arbeidsongeschikt geworden en tien maanden later is hij weer aan de slag gegaan, niet als chauffeur/centralist maar als administratief medewerker/centralist. Die functie is hij op eigen verzoek in deeltijd gaan vervullen. Hij werkte 19 uur per week op de administratie en 6 uur per week, op zaterdagochtend, als centralist. Ruim anderhalf jaar later – we spreken dan over september 1993 – raakte Van der Lely wederom wegens psychische klachten arbeidsongeschikt. Een halfjaar later, maart 1994, had Taxi Hofman aan Van der Lely laten weten dat het werk in de administratie door de dochter van de directeur werd gedaan (en dat in de toekomst ‘de werkzaamheden in de taxi’ en de administratie veel minder werk zouden gaan betekenen, door de invoering van de Wet voorziening gehandicapten). Van der Lely kon van zijn werkgever – zo luidde het aanbod – 6 uur per week op zaterdagochtend centrale dienst blijven verrichten, maar diende daarnaast 19 uur per week op de Teletaxi te gaan rijden. Het salaris bleef gelijk. Van der Lely had dit aanbod afgewezen. Toen hij in april 1994 weer arbeidsgeschikt (verklaard) was, is hij niet meer aan het werk gegaan en Taxi Hofman heeft hem geen loon meer betaald.

In 1994 bestond nog niet de 104 weken durende loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever bij arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Bijgevolg speelde in de zaak van *Van der Lely/Taxi Hofman* een aantal artsen een rol. De bedrijfsvereniging had Van der Lely arbeidsgeschikt verklaard voor arbeid als taxichauffeur. De huisarts had gezegd het werk van chauffeur op de Teletaxi niet wenselijk te vinden, een derde arts (voorloper deskundigenoordeel) verklaarde Van der Lely om medische redenen niet geschikt als taxichauffeur, maar wel als administratief medewerker. Taxi Hofman had daarom Van der Lely opgeroepen om op de administratie en op de telefooncentrale te komen werken. Van der Lely had dat werk na een dag gestaakt en zich ziek gemeld.

Wordt de wijziging van de functie van Van der Lely nader beschouwd, dan is zij ingegeven door zowel bedrijfseconomische redenen als de gevolgen van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Daarop waren ten tijde van de wijziging (1994) twee arbeidsrechtelijke regelingen van toepassing.

Allereerst gold het op het BBA 1945¹⁸⁴ gebaseerde Delegatiebesluit¹⁸⁵ (dat met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid in 1997 verviel en vrijwel eensluidend overging in het anno 2020 nog steeds bekende Ontslagbesluit). Daarin kreeg de werkgever toestemming van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie, indien de werkgever als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoerde dat de werknemer ten gevolge van ziekte of gebreken niet meer in staat is aan de gestelde functie-eisen te voldoen. Dan moest – in 1994 – aannemelijk zijn gemaakt dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid had de werknemer te herplaatsen in een aangepaste dan wel andere functie binnen de onderneming die voor die werknemer als passend kon worden beschouwd. Voor de ‘echt’ bedrijfseconomische reden gold in 1994 nog geen verplichting passende arbeid aan te bieden.

184 Bijzonder Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA), 5 oktober 1945, *Stb.* 1963, 271.

185 Besluit van 14 januari 1993, *Stcrt.* 1993, 11, volgend op *Stcrt.* 1990, 252, naar aanleiding van de nieuwe Arbeidsvoorzieningswet van 28 juni 1990, die ook BBA 1945 aanpaste.

Ten tweede gold de rechtspraak van de Hoge Raad, waaruit een bredere kijk op bedongen arbeid bij ziekte voortspoot. De jurisprudentie die aanving met het arrest *Roovers/De Toekomst*¹⁸⁶ en daarna met *Van Haaren/CHV*,¹⁸⁷ *Perez/Homburg*,¹⁸⁸ *Goldsteen/Roeland*¹⁸⁹ en *Vendex/Van Roosmalen*¹⁹⁰ uitdijde, verplichtte de werkgever om, mede op aanwijzingen van de arbeidsongeschikte werknemer, op zoek te gaan naar andere passende arbeid in de onderneming.

Het hof heeft in zijn aangevallen arrest geen aandacht besteed aan een van toepassing zijnde, wellicht zelfs ge-aav'de,¹⁹¹ cao met bepalingen over functies in de taxiwereld. De A-G wijdde daar ook geen woord aan.

Stoofs functie

De functie van Stoof kan niet los worden gezien van een aantal andere afspraken die tussen hem en Mammoet¹⁹² zijn gemaakt nadat Stoof zijn vennootschap (Stotra) aan Mammoet had verkocht, en er bovendien afspraken waren gemaakt over een octrooi. Mammoet had in het kader van die transactie bedongen dat Stoof zou optreden als statutair directeur van Stotra en voor een periode van tien jaar als werknemer onder de titel 'technisch directeur' bij Mammoet in dienst zou treden. Stoof wordt als technisch directeur gedetacheerd en de (als bijlage bij de arbeidsovereenkomst gevoegde) 'job description' bepaalde dat hij tevens 'director' zou worden van een competentiecenter in Etten-Leur. Nog geen twee jaar later, in het jaar 2000, zijn de aandelen Mammoet aan een nieuwe eigenaar overgedragen, en bijgevolg de volledige zeggenschap over Mammoet. Nog geen maand later is aan Stoof meegedeeld dat hem een andere functie was toegedicht, te weten de functie van adviseur van de directeur en 'tweede man onder de jongste broer' van de president van het overnemende concern. Stoof heeft eind september 2000 aan Mammoet Transport laten weten dat de voorgenomen verhuizing naar Schiedam nogal wat consequenties heeft voor zijn persoonlijke positie 'nu ik heb vernomen dat wordt voorgesteld dat ik ga functioneren als adviseur (...) terwijl ik thans een geheel andere functie heb'. Stoof wenste graag dat hem een nieuwe arbeidsovereenkomst zou worden voorgelegd. Daarover wordt onderhandeld, maar dat leidt niet tot een oplossing. De advocaat van Stoof heeft meegedeeld dat deze voorlopig gebruik wenste te maken van zijn opschortingsrecht ten aanzien van zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, evenwel onder bereidverklaring de overeengekomen functie van 'technical director' uit te oefenen. Dan volgt een periode van arbeidsongeschiktheid van Stoof (10 oktober 2000 tot 29 augustus 2001), totdat deze is hersteld en zijn nieuwe werkgever hem heeft meegedeeld dat hij zich dient te melden voor werkherhvatting. Stoof deelt Mammoet mee dat en waarom de oproep tot werkherhvatting niet serieus kan worden genomen. De werkgever heeft daarna de loonbetaling gestaakt.

186 HR 3 februari 1978, NJ 1978/248, m.nt. Zonderland.

187 HR 8 november 1985, NJ 1986/309, m.nt. Stein.

188 HR 4 januari 1991, NJ 1991/270.

189 HR 13 december 1991, NJ 1992/441.

190 HR 17 oktober 1997, JAR 1997/246; NJ 1998/130.

191 Waar het hof ambtshalve naar op zoek zou moeten zijn gegaan; zie overigens voor algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO Taxivervoer het Besluit van 11 oktober 1993, Stcrt. 1993, 197.

192 In 1998, hetzelfde jaar waarin Taxi Hofman werd gewezen en art. 7:613 BW werd ingevoerd.

Op Stooft was, gelet op zijn positie in de onderneming, (kennelijk) geen cao van toepassing, en evenmin enige regeling over passende arbeid bij arbeidsongeschiktheid of dreigend ontslag.

2.24.3 Functie in de cao

Vrijwel elke cao kent een bepaling over hoe binnen de onderneming een functie wordt beschreven en gewaardeerd. Dat begint meestal met de definitie van ‘functie’ en ‘functie-indeling’ en ‘functiewaardering’ in artikel 1 van de cao. Na, meestal, een tweede hoofdstuk waarin algemene bepalingen zijn opgenomen (over het sluiten van de arbeidsovereenkomst en de soorten in de onderneming of bedrijfstak voorkomende contractvormen, zoals oproep, payroll en stage), volgt een hoofdstuk over salaris en salarisbepalingen. Daarin komt ‘de functie’ vaak voor, met enerzijds vaak de bepaling dat het de werkgever is die de functie vaststelt, en anderzijds de bepaling dat werkgever en werknemer een salaris overeenkomen dat verfijnd wordt in de salaristabel die behoort bij de functieschalen. De werkgever wordt daarin in zoverre aan deze salaris- en functieschaal gebonden dat ook kan worden bepaald dat de werkgever en werknemer een schaal lager kunnen overeenkomen dan de geregelde functieschalen, omdat de werknemer nog niet voldoet aan eisen van ervaring, geschiktheid en bekwaamheid. Menige cao kent zelfs een bepaling over de wijziging van de functie.

In 2017 zijn er 162 reguliere bedrijfstak-cao's in de sectoren markt en zorg van kracht. Ruim 3,1 miljoen werknemers vallen rechtstreeks onder de werking van een bedrijfstak-cao en circa 0,7 miljoen werknemers worden door het algemeen verbindend verklaren van deze cao's gebonden.

De grootste sector is de Zorg met 11 cao's en in totaal 1.077.054 werknemers, van wie 953.254 door de cao zelf gebonden, terwijl 123.800 werknemers via avv worden gebonden. Onder zorg vallen de cao's van de ambulancezorg, apotheken, gezondheidscentra, geestelijke gezondheidszorg, gehandicaptenzorg, huisartsenzorg, jeugdzorg, kinderopvang, kraamzorg, Nederlandse Rode Kruis, Oxfam Novib, rechtsbijstand, reclassering, schippersinternaten, sociaal werk, universiteiten, medische centra, verpleeg- en verzorgingshuizen en thuiszorg, en ten slotte ziekenhuizen.¹⁹³

De tweede grootste sector is Handel met 33 cao's en 658.060 aan die cao gebonden werknemers en 147.017 door avv gebonden (totaal 805.077 werknemers). De derde grootste sector is de Industrie met 41 cao's voor 541.512 direct gebonden en 106.692 door avv gebonden (totaal 648.204 werknemers). De vierde grootste sector is de Zakelijke dienstverlening met 22 cao's en 375.191 direct gebonden en 122.796 door avv gebonden (totaal 497.987 werknemers), de vijfde is de Bouwnijverheid met 11 cao's en 209.758 direct gebonden en 67.629 door avv gebonden (totaal 277.387 werknemers), de zesde Vervoer met 10 cao's en 168.407 direct gebonden en 49.302 door avv gebonden (totaal 217.709 werknemers), de zevende Landbouw met 7 cao's en 71.267 direct gebonden en 30.800 door avv gebonden (totaal 102.067 werknemers), de achtste Overige dienstverlening met 20 cao's en 82.928 direct gebonden en

¹⁹³ Zie fnv.nl/cao-sector/zorg-welzijn, geraadpleegd op 20 mei 2020.

8689 door avv gebonden (totaal 91.617 werknemers), de negende Horeca met 4 cao's en 38.717 direct gebonden en 7300 door avv gebonden (totaal 46.017 werknemers) en de tiende is Communicatie met 3 cao's en 24.927 direct gebonden en 4600 door avv gebonden (totaal 29.527 werknemers). Totaal: 162 cao's met 3.124.021 werknemers gebonden door cao en 668.625 werknemers door avv maakt 3.792.646 betrokken werknemers.¹⁹⁴

Een omstandig en erg uitgebreid onderzoek zal nodig zijn om te bekijken wat in 162 bedrijfstak-cao's in de sectoren markt en zorg de precieze afspraak over functiebeschrijving functie-indeling en functiewaardering zou zijn. Daarom namen wij een tamelijk willekeurige doorsnee van enkele cao's, respectievelijk in de zorg, de handel, de industrie, de zakelijke dienstverlening en landbouw. Alleen al daaruit komt een wisselend beeld tevoorschijn, waarbij de constatering niet kan zijn dat de werkgever altijd de functie bepaalt. Er zijn vele tussenvarianten.

2.24.3.1 Tussenvarianten

Er zijn cao's waarin geregeld is dat de functie die de werknemer zal gaan vervullen door de werkgever wordt ingevuld. Er bestaan daarnaast verscheidene tussenvarianten. Daarvoor worden de volgende zinsneden gebruikt:

Een tussenvariant is de CAO Heineken. Deze cao spreekt niet van de werkgever die indeelt, maar gebruikt de passieve vorm: de werknemer is ingedeeld ('Artikel 34 Functie-indeling, De functie van de werknemer is ingedeeld in één van de functiegroepen 1 tot en met 7'). Deze functiegroepen zijn verder ingedeeld op basis van het ORBA-functiewaarderingssysteem. Ook daaruit blijkt van een minder direct directierecht. Elke functiegroep heeft een maandsalarisschaal en conform artikel 35 ('Salarissystematiek') is de functie van de werknemer op basis van de inhoud en zwaarte van die functie ingedeeld in een functiegroep. Aan de functiegroep is een salarisschaal verbonden. Bij indiensttreding ontvangt de werknemer het minimummaandsalaris van de bij de functie behorende salarisschaal. De CAO voor de groothandel in groenten en fruit¹⁹⁵ kent een artikel 19, waarin de salariering in de functiegroepen A tot en met G is vastgesteld. Aan de werknemer die is ingedeeld in een van de functiegroepen A tot en met G wordt een salaris toegekend op basis van de salarisschalen die zijn vermeld in bijlage II. Deze functiesalarissen gelden voor de verrichte werkzaamheden in de normale diensttijd. De werknemer ontvangt schriftelijk mededeling van de functiegroep en de salarisschaal waarin hij is ingedeeld en zijn salaris. Maar indien een werknemer bezwaar heeft tegen zijn functieomschrijving of tegen de indeling van zijn functie, kan hij gebruik maken van de bezwaarschrift- en beroepsprocedure zoals opgenomen in het 'Handboek Functiewaardering' en in de brochure 'Samenvatting van het Handboek Functiewaardering' (december 2002).

194 J.D. Prostran, J. de la Croix & E.C. Junger-van Hoorn, Naleving en handhaving in cao-afspraken, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, juli 2018. De uitvoering van het cao-onderzoek heeft plaatsgevonden door middel van deskresearch; ten behoeve van de vergelijking met het onderzoek uit 2015 is een panel van 132 cao's gevormd. De selectie van de cao's is afkomstig uit het onderzoek 'Cao's in Nederland', met peildatum 1 januari 2017.

195 1 januari 2017 tot en met 31 december 2018.

Er zijn evenwel ook cao's waarin niet de werkgever degene is die de functie vaststelt of de werknemer in een functie indeelt, maar waarbij niet alleen sprake is van het plaatsvinden van een functie-indeling (vergelijkbaar met de passieve vorm van de CAO Heineken hierboven), maar ook van een afspraak, waaruit voldoende blijkt van de aanwezigheid van een arbeidsvoorwaarde.

Zo bepaalt artikel 22 van de CAO *Farm Frites International* dat de werkgever conform het openbaar functiewaarderingssysteem de zwaarte van de in de organisatie voorkomende functies systematisch gewogen heeft. De functie-indeling vindt plaats op grond van de feitelijk uit te voeren werkzaamheden en activiteiten van de functie. Op basis van de functie-indeling in de functiematrix vindt indeling in een salarisschaal plaats. De medewerker ontvangt een schriftelijke bevestiging van de met hem afgesproken functie, functie-indeling en daarbij behorende indeling in de functieschalen.

Hier wordt gesproken over 'afgesproken', hetgeen duidt op een arbeidsvoorwaarde.

In de bouwsector (103.000 werknemers) is (de uitoefening van) de functie gegoten in de mal van het goed werknemerschap. Onderscheid wordt gemaakt tussen de bouwplaatswerknemer en de zogenaamde uta (uitvoerend technisch administratief)-werknemer. Beiden kunnen worden verplicht om, onder bepaalde omstandigheden, die globaal in de cao worden uitgewerkt, andere werkzaamheden te verrichten dan die onder de functie vallen. Het kan zelfs voorkomen dat de uta-werknemer voor langere tijd bij een werkmaatschappij of een dochteronderneming arbeid moet verrichten. De arbeidsvoorwaarden blijven dan 'ten minste' hetzelfde en de werknemer krijgt een reiskostenvergoeding.

Artikel 19 van de Cao bouw en infra bepaalt, onder het kopje 'Functie-uitoefening', dat de bouwplaatswerknemer verplicht is:

- de werkzaamheden die hem door of vanwege de werkgever worden opgedragen, zijn beroep in aanmerking genomen, naar diens voorschriften op de best mogelijke wijze te verrichten;
- andere, in verband met zijn beroep passende arbeid te verrichten voor zover en zolang hij de werkzaamheden waarvoor hij is aangenomen niet kan verrichten;
- zich voor zijn doen en laten te richten naar het gedrag van de goede en plichtsgetrouwe werknemer.

De bouwplaatswerknemer is gehouden – tenzij hij daartegen gegronde bezwaren heeft – arbeid te verrichten in een andere onderneming dan die van de werkgever in wiens dienst hij is, in de volgende gevallen:

- a. incidenteel voor een korte tijdsduur;
- b. in geval van tijdelijke hulpverlening van de ene werkgever aan de andere.

In de onder a en b genoemde gevallen zal de arbeid worden verricht onder ten minste dezelfde voorwaarden als wanneer hij in de onderneming van zijn werkgever arbeid verricht.

De uta-werknemer is gehouden de aan hem door of vanwege de werkgever opgedragen werkzaamheden die samenhangen met de uitoefening van zijn functie op de door of vanwege de werkgever in redelijkheid te bepalen plaats op de best mogelijke wijze uit te voeren. Bovendien kunnen de werknemer na redelijk overleg andere werkzaamheden worden opgedragen, wanneer bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven. De uta-werknemer is gehouden, tenzij er gegronde bezwaren zijn, arbeid te verrichten in een andere onderneming dan die van de werkgever in wiens dienst hij is, in de volgende gevallen:

- a. indien het werk betreft bij een werkmaatschappij of een dochteronderneming, dan wel bij de moedermaatschappij van de werkgever c.q. bij een combinatie waarbij de werkgever direct of door middel van een werkmaatschappij of een dochteronderneming dan wel door zijn moedermaatschappij betrokken is;
- b. in bijzondere gevallen, waaronder begrepen tijdelijke hulpverlening van de ene werkgever aan de andere.

In de onder a en b genoemde gevallen zal de arbeid worden verricht onder handhaving van de arbeidsverhouding met zijn oorspronkelijke werkgever en onder ten minste dezelfde voorwaarden, tenzij schriftelijk tussen betrokken werkgever en werknemer anders is overeengekomen. De extra reis- en verblijfkosten, die in verband met deze tewerkstelling moeten worden gemaakt, zijn voor rekening van de werkgever, volgens een daartoe vast te stellen regeling.

Bij functiewijziging ten gevolge van technologische vernieuwingen is de werkgever gehouden de bij hem in dienst zijnde uta-werknemers bij voorkeur voorrang te geven boven externe kandidaten.

Zo kent de *Ziekenhuis-cao*¹⁹⁶ een regeling die de functie niet in een apart hoofdstuk of een apart artikel vorm geeft of bepaalt, maar in een protocol (FunctieWaardering Gezondheidszorg, FWG), dat als bijlage C achter de cao is gevoegd. De functie wordt door middel van de verplichtingen van de werkgever en, apart, die van de werknemer ingevuld. Aan de functie en de functie-uitoefening is nog een negental accessoire taken, rollen, eisen en verplichtingen voor werkgever en werknemer verbonden.

Het protocol regelt de beschrijving en de indeling van een functie, maar ook de instelling van een nieuwe functie en de herbeschrijving en de herindeling van een functie. Al deze varianten zijn in de vorm van uitgebreide procedures uitgewerkt. De werknemer heeft een arbeidsovereenkomst en als onderdeel daarvan een actuele functiebeschrijving. Basis voor beschrijving en indeling van een functie is de daadwerkelijk uitgeoefende functie, vastgelegd in een functiebeschrijving die voldoet aan de door cao-partijen vastgestelde kwaliteitseisen. Deze zijn opgenomen in Bijlage E van de *Cao Ziekenhuizen 1999-2001*. De belangrijkste eisen zijn:

- Actueel: een korte en heldere weergave van de lokale actuele (IST) situatie.
- Daadwerkelijk uitgeoefende functie: een goed beeld van de op het moment van beschrijven binnen het organisatiedeel uitgeoefende functie.

¹⁹⁶ Cao Ziekenhuizen 2019-2021, looptijd 1 april 2019 tot 1 juli 2021.

- Herkenbaar: het is van belang dat voor de betreffende functie kenmerkende zaken op een herkenbare manier zijn beschreven.
- Toelichting per gezichtspunt: voor de niveaubepaling is het noodzakelijk dat per gezichtspunt relevante zaken zijn toegelicht.

Binnen de kwaliteitseisen is de werkgever vrij een wijze van functie beschrijven te kiezen, die aansluit bij de instellingsvoorkeuren en -wensen. Een functie kan zowel taak- als resultaatgericht worden beschreven. Indeling van de functie vindt plaats met behulp van het FWG®-systeem, op basis van de vastgestelde functiebeschrijving.

Bij veranderingen in de organisatie of in een functie kunnen zich de volgende situaties voordoen:

- a. De actuele functie-inhoud (de daadwerkelijk uitgeoefende functie) sluit niet meer aan bij de laatste vastgestelde functiebeschrijving (zie procedure herbeschrijving, art. 2.4).
- b. De werkgever besluit, na advies van de ondernemingsraad, tot aanpassing van de organisatiestructuur en deze wijziging heeft gevolgen voor de inhoud van reeds beschreven en ingedeelde functies (zie procedure herbeschrijving, art. 2.4).
- c. De werkgever besluit, na overleg met de ondernemingsraad, de bestaande functies op andere wijze te beschrijven, zoals van taak- naar resultaatgericht (zie art. 1.2 lid 2) (zie procedure herbeschrijving, art. 2.4).

1. Woongebiedaanwijzing

Wederzijdse verplichtingen aanwijzen woongebied:

1. Indien de werkgever in verband met het belang van de instelling het noodzakelijk acht, kan hij, bij wijziging van de functie van de werknemer dan wel van de omstandigheden waarbinnen de functie wordt uitgeoefend, een woongebied aanwijzen, waar de werknemer verplicht is zich te vestigen.
2. Aan de werknemer die zich bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst vestigt of tijdens het dienstverband door de werkgever verplicht wordt zich te vestigen in een aangewezen woongebied, wordt een verhuiskostenvergoeding toegekend.

2. Zorg-ethische kwesties

De werkgever is verplicht het beleid ten aanzien van zorg-ethische kwesties, voor zover dit voor de functieervulling van de werknemer(s) noodzakelijk is, bekend te maken.

3. Te zware diensten

Voor de werknemer die in wisselende diensten werkt en die aangeeft deze diensten niet langer te kunnen vervullen, zoekt de werkgever in overleg met de werknemer naar een passende oplossing.

4. Werkbelasting oudere werknemer

De werkgever stelt in overleg met de ondernemingsraad in het kader van een leeftijdsgericht personeelsbeleid een regeling vast, waarin onder meer maatregelen zijn opgenomen om de werkbelasting van de oudere werknemer te verlichten.

Deze maatregelen kunnen een doorstroming naar een andere functie of functie-aanpassing betreffen.

5. Beroepscode

De werknemer is verplicht de overeengekomen werkzaamheden naar zijn beste vermogen te verrichten en zich daarbij te gedragen naar de aanwijzingen door of vanwege de werkgever gegeven. Hierbij wordt hetgeen is neergelegd in een professione(e)l(e) statuut/beroepscode, zoals dat/die per beroepsgroep is geformuleerd en door cao-partijen is bekrachtigd, in acht genomen. Niettemin heeft de werknemer het recht op grond van ernstige gewetensbezwaren het uitvoeren van bepaalde opdrachten te weigeren. In dit geval draagt de directie er zorg voor dat binnen de afdeling van betrokken werknemer zodanige maatregelen worden getroffen dat dit recht effectueerbaar is. De directie draagt zorg voor een juiste informatie aan alle betrokkenen binnen de afdeling.

6. Wijziging voor korte tijd

Binnen redelijke grenzen en voor zover dit direct of indirect voortvloeit uit het belang van het werk of de instelling dan wel indien zich zodanige bijzondere omstandigheden voordoen dat voorafgaand overleg niet mogelijk is, is de werknemer verplicht in te stemmen met:

- wijziging voor korte tijd en ten hoogste één maand van de aan zijn functie verbonden werkzaamheden;
- wijziging voor korte tijd en ten hoogste één maand in de regeling van zijn arbeidstijd.

7. Werkdruk

De werkgever besteedt, in het kader van arbeidsomstandighedenbeleid, aandacht aan werkdruk. Indien de ontwikkelingen in het verzuimpercentage daartoe aanleiding geven, zal door of onder begeleiding van de arbodienst worden onderzocht of er een relatie is met de werkdruk. Is deze relatie aanwezig, dan worden in het overleg met de ondernemingsraad passende maatregelen besproken.

8. Voorzieningen

De werkgever verschaft de werknemer de benodigde personele, instrumentele en ruimtelijke voorzieningen en zorgt ervoor dat de noodzakelijke vakliteratuur toegankelijk is. Dit na overleg met betrokkene en afdeling en binnen de mogelijkheden van de instelling.

9. Hogere functies

De werkgever zal een actief beleid voeren ten aanzien van de deelname van vrouwen aan hogere en leidinggevende functies. Daartoe zal een beleidsplan worden opgesteld, waarin onder meer aandacht wordt besteed aan:

- functies waarin sprake is van ondervertegenwoordiging;
- afspraken met betrekking tot het opheffen van ondervertegenwoordiging;
- werving;
- loopbaanbegeleiding en scholing.

2.25 Eerste tussenconclusie bij functiewijziging

De eerste tussenconclusie ten aanzien van de (wijziging van de) functie is dat wanneer een functie in de cao voorkomt, in elk geval sprake is van een afspraak tussen een werkgever (bij een ondernemings-cao) of werkgevers (verbonden in een cao-sluitend verbond) en werknemersorganisaties. Een cao is, volgens artikel 1 Wet CAO, een overeenkomst waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld die bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen. De uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarde in artikel 1 Wet CAO kent een geheel eigen jurisprudentie,¹⁹⁷ die – kort gezegd – van een breed begrip uitgaat. De woorden ‘bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen’ leggen de verbinding tussen het collectieve en het individuele contract.¹⁹⁸ Aangenomen dat er geen verschil is tussen het begrip ‘arbeidsvoorwaarde’ in de zin van de Wet CAO en het begrip ‘arbeidsvoorwaarde’ in artikel 7:613 BW, omdat beide begrippen breed zijn, is daarom alleen al een in de cao geregelde functie of een in de cao geregeld samenstel van bepalingen met betrekking tot een functie een arbeidsvoorwaarde.

Verder is een duidelijke scheidslijn tussen instructiebevoegdheid en arbeidsvoorwaarde in een groot aantal gevallen niet te trekken. Zelfs al valt in een afzonderlijke bepaling een instructiebevoegdheid te lezen, dan is zij vaak ingebed in een scala van andere, verbonden, althans nauw samenhangende, verplichtingen die erop wijzen dat er niet enkel een directierecht is dan wel geen eenvoudig afbakenbare mogelijkheid haar uit te oefenen.

De omstandigheid dat een afspraak over de wijziging van functie in de cao is neergelegd, is van belang voor de toepassing van artikel 7:613 BW. Wanneer de cao zowel over de beschrijving en indeling (en waardering) van de functie als over een eventuele wijziging daarvan voorschriften bevat, dan kan de werkgever daar een beroep op doen voor de invulling van de zwaarwichtige belangen. Voorwaarde is wel dat het eenzijdige-wijzigingsbeding tussen werkgever en werknemer is overeengekomen. De door de Hoge Raad in het *Stoof/Mammoet*-arrest vermelde zinsnede ‘zonder dat de werkgever dat verder hoeft in te vullen’ beduidt dat de aanwezigheid van de afspraak in de cao een zwaarwichtig belang vertegenwoordigt. De redenering dat artikel 7:613 BW alleen geschreven is voor collectieve gevallen en artikel 7:611 BW enkel bedoeld is voor individuele gevallen, zodat voor een wijziging van de functie van een individuele werknemer alleen een beroep zou kunnen en moeten worden gedaan op artikel 7:611 BW, in de beperkende of de aanvullende zin, hebben wij al in het voorgaande (hoofdstuk 1) verworpen. Maar ook bij de functie dient te worden afgewogen of de belangen van de werknemer voor het zwaarwichtig belang van de werkgever moeten wijken. Dat belang van de werknemer kan zwaarder zijn indien bij de wijziging van de functie ook een wijziging van salaris in neerwaartse vorm plaatsvindt.

En, ten derde, zelfs al zou er een afbakenbare en uitvoerbare instructiebevoegdheid zijn, dan nog staat het bepaalde in artikel 7:660 BW daar in het geval van de aanwezigheid van een cao aan in de weg. Het juridische struikelblok bestaat erin dat de bevoegdheid wordt ingeperkt door een algemeen voor-

¹⁹⁷ Met name HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5525, NJ 1987/936.

¹⁹⁸ Bles 1907, deel I, art. 1637n BW, p. 529.

schrift of overeenkomst. Voor een rechtmatige toepassing van het instructierecht of de directiebevoegdheid is immers volgens artikel 7:660 BW vereist dat zij plaatsvindt binnen de perken van algemeen voorschrift en overeenkomst. Dat kan naast de individuele overeenkomst dus ook de cao zijn, alleen al gelet op het feit dat ‘overeenkomst’ in oudere versies van artikel 1639b (oud) BW naast ‘reglement’ stond en het reglement sinds 1998 vervallen is. Maar ook de in artikel 7:660 BW opgenomen zinsnede ‘al dan niet gelijk met andere werknemers’ wijst daarop.

De tussenconclusie luidt dat de wijziging van een functie die in de cao is geregeld (in de vorm van bepalingen over beschrijving, indeling en waardering) onderhevig is aan de toets op een beding op grond van artikel 7:613 BW of de toets op grond van goed werkgeverschap, zoals weergegeven in het *StooffMammoet*-arrest. Dat geldt ook voor de gevallen waarin nog een onzekerheid bestaat over het antwoord op de vraag of binnen het kader van de cao een instructiebevoegdheid voor de werkgever is neergelegd.

2.26 Functie niet in cao (I)

Nadat wij hierboven de situatie beschreven hebben dat een werkgever rechtstreeks of via avv of een incorporatiebeding gebonden is aan de cao, waarin zeer verschillende vormen van functiebeschrijving, functie-indeling en functiewaardering voorkomen, blijft nog over het geval dat werkgever noch werknemer op enigerlei wijze gebonden is aan een cao en de werkgever zich de bevoegdheid voorbehoudt de functie van de werknemer te wijzigen.

Op de eerste plaats wordt ook zo’n niet aan enige cao gebonden werkgever (en werknemer) in zijn vermeende vrijheid beperkt, doordat verschillende situaties moeten worden onderscheiden. Wij wijzen met name op de situatie van een functiewijziging ten gevolge van arbeidsongeschiktheid en de functiewijziging bij reorganisatie.

2.27 Functiewijziging door of ten gevolge van arbeidsongeschiktheid

De Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar¹⁹⁹ vermeldt de verplichting dat het re-integratieverslag, naast gegevens van administratieve aard, ook informatie over de functie van de werknemers verstrekt. Daarenboven moet het re-integratieverslag een actueel oordeel van de bedrijfsarts of arbodienst en de werkgever bevatten over de aanwezigheid van passende arbeid bij de werkgever en een oordeel daarover van de werknemer zelf.²⁰⁰ Veelomvattender is evenwel de

199 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar: Regeling van 25 maart 2002, Stcrt. 2002, 60.

200 Noot 5 in de Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter (Regeling van 3 december 2002, Stcrt. 2002, 236 met wijzigingen).

Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter.²⁰¹ In paragraaf 8 van deze Regeling komt, naast aanpassing van de eigen functie of aanpassing van de eigen werkplek en de werkorganisatie of hervatting in een andere passende functie binnen het eigen bedrijf, aan de orde dat, hoofdzakelijk in het eerste ziektejaar, bij organisatorische aanpassingen te denken valt aan minder uren, herverdeling van taken, aanpassing van het arbeidspatroon, herplaatsing op een andere vestiging en zo nodig ruil met een andere werknemer. Verder wordt voor het antwoord op de vraag of in een individueel geval passende arbeid aanwezig is, gewezen op de toets van de concrete omstandigheden van het geval. Het gaat bij passende arbeid om arbeid die in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, gelet op onder meer het arbeidsverleden, de opleiding, de gezondheidstoestand, de persoonlijke eigenschappen, de afstand tot het werk, het loon en hetgeen waartoe werknemer nog in staat is. Het functieniveau van de aangeboden arbeid mag in eerste instantie niet veel lager zijn dan van de oude functie.²⁰²

Naast (1) herstel in de oude functie en (2) passend werk binnen de eigen onderneming wordt, op de derde plaats, gestreefd naar de herplaatsing bij een andere werkgever. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de werknemer die op eigen kracht ander werk zoekt en de werknemer die begeleiding naar ander werk nodig heeft. In dat laatste geval wordt van de werkgever verlangd dat hij een re-integratiebedrijf (of re-integratiedeskundige) inschakelt of dat hij een re-integratieovereenkomst bekostigt en zich ook oriënteert op cao-afspraken of sectorale afspraken over integratie (bij een ander bedrijf).

2.28 Wijziging van de functie door bedrijfseconomische factoren

Naast de gereguleerde wijziging van de functie door arbeidsongeschiktheid, tijdens de dienstbetrekking, staat de wijziging van de functie wegens bedrijfseconomische redenen, vaak leidend tot het verval van de functie en een einde van de dienstbetrekking.

In de eerste plaats moet worden gewezen op het de werknemer beschermende fenomeen van de uitwisselbaarheid van functies. Zij is in het kader van het ontslagrecht ontwikkeld en neergelegd in de Ontslagregeling. De kern van de regeling van de uitwisselbaarheid van functies is dat uitwisselbaarheid objectief getoetst wordt op de functie en niet subjectief op de medewerker of de wijze waarop de medewerker de functie in het verleden heeft vervuld.

Dat is bij een passende functie anders. Daar wordt wel gekeken naar de subjectieve of persoonlijke mogelijkheden van de werknemer. Maar zowel bij de uitwisselbare functie als bij de passende functie wordt gekeken naar de voor de functie vereiste kennis, en de vereiste vaardigheden en competenties. Bij de uitwisselbare functie wordt ook nog gekeken naar de inhoud van de functie en de tijdelijke of structurele aard van de functie, het niveau van de functie en de gelijkwaardigheid van de bij de functie behorende beloning. Weliswaar zijn dit

²⁰¹ Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter (Regeling van 3 december 2002, Stcrt. 2002, 236 met wijzigingen).

²⁰² Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter, par. 8.

in beginsel zes uitgangspunten waaraan getoetst moet worden, maar naast de, meestal heel relevante, functiebeschrijving kunnen, zo blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2019, alle omstandigheden van belang zijn die op de zes gezichtspunten een licht kunnen werpen. Daaronder kunnen vallen wat de functie in de praktijk in het algemeen behelst en onder welke algemene omstandigheden de functie moet worden uitgeoefend.²⁰³

Daarnaast staat nog de zogenoemde stoelendans, die kan leiden tot de aanvaarding van een andere functie dan de bedongen functie doordat, in het kader van een reorganisatie, de functies worden herschreven en, zodoende, een andere functie wordt aangeboden. De beoordeling door de rechter van een stoelendans is niet dezelfde als de bescherming van de werknemer bij een eenzijdige wijziging en verandering van functie. De Hoge Raad citeert in het hierboven al genoemde KLM-arrest de toelichting op artikel 13 van de Ontslagregeling en refereert daarmee, bij een nieuw gecreëerde functie, aan het niet-vernemen van de functie wanneer de nieuwe functie uitwisselbaar moet worden beschouwd met de te vervallen functie, aan de hand van de in de Ontslagregeling genoemde factoren: de functie moet vergelijkbaar zijn voor zover het betreft de inhoud van de functie, de voor de functie vereiste kennis, vaardigheden en competenties en de tijdelijke of structurele aard van de functie, terwijl bovendien het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning gelijkwaardig moeten zijn. Of sprake is van uitwisselbare functies moet worden beantwoord zonder andere gezichtspunten in aanmerking te nemen dan die uit de Ontslagregeling (r.o. 3.4.4), maar wel door rekening te houden met alle omstandigheden die een licht kunnen werpen op de gezichtspunten van artikel 13 van de Ontslagregeling. De gedachte daarachter is dat het bij de beoordeling van de uitwisselbaarheid gaat om een vergelijking tussen functies op basis van de werkelijke inhoud ervan.

2.29 Functie niet in cao (II)

Hierboven spraken wij voor de werkgever en de werknemer die niet gebonden zijn aan enige cao, noch door rechtstreekse binding, noch door avo of een incorporatiebeding. Afgezien van de door de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar voor iedere werkgever geldende bijzondere bepaling met betrekking tot functiewijziging bij arbeidsongeschiktheid en de voorschriften over uitwisselbaarheid van functies, is er in beginsel een zekere vrijheid.

Zo'n werkgever zal geen beroep kunnen doen op een instructiebevoegdheid, al is het maar omdat de toebedeling van een functie te ver verwijderd is van aanwijzingen met betrekking tot het verrichten van de werkzaamheden en ook niet de orde in de onderneming betreft, maar hij ook geconfronteerd dient te worden met de omstandigheid dat de redelijkheid en billijkheid bij het sluiten en bij de uitvoering van (arbeids)overeenkomsten²⁰⁴ in acht moeten worden genomen. Dat brengt mee dat niet alleen rekening moet worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, maar ook met de in Nederland levende

²⁰³ HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229, JAR 2019/74 (KLM).

²⁰⁴ Art. 3:12 BW spreekt van: 'Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden (...).'

rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Deze rechtsovertuigingen houden in dat in het overgrote merendeel van de gevallen in Nederland de functie niet meer behoort tot de instructiebevoegdheid van de werkgever en arbeidsvoorwaarde is geworden, en dat het betrekken van de persoonlijke belangen door middel van een *Stoof/Mammoet*-afweging plaats zal moeten vinden.

Hoewel niet met zoveel woorden door de Hoge Raad zelf uitgelegd, moet het gebruik van de woorden 'omstandigheden op het werk' als een ondersteuning hebben te gelden voor ons standpunt dat de *Stoof/Mammoet*-afweging ook bij functiewijziging moet plaatsvinden.

Ten slotte kan, onder bijzondere omstandigheden, toch nog het instructierecht van toepassing zijn. Maar dan geldt ook, naast de beperkte toets van artikel 7:660 BW, de norm van goed werkgeverschap, die op de eenzijdige wijziging van de functie door de werkgever kan worden uitgeoefend. Bij goed werkgeverschap (in de zin van 'niet-*Stoof/Mammoet*') is er geen belangenafweging, maar spelen wel de beginselen van behoorlijk bestuur een rol. Gedacht moet worden aan de door Heerma van Voss gegeven reeks van beginselen: zorgvuldigheid, zuiverheid van oogmerk, motivering, vertrouwen, evenredigheid en gelijkheid. Onder de toets op evenredigheid valt toepassing van het subsidiariteitsbeginsel. De werkgever dient dus zelf alternatieven uit te zoeken en aan te dragen, al vóór hij het voornemen aan de werknemer voorlegt om tot wijziging over te gaan. De werkgever dient ook de motivering van een grondige onderbouwing te voorzien en er mag geen onzuiver oogmerk ten grondslag liggen aan zijn voornemen om de overeengekomen functie te wijzigen.

2.30 Tweede tussenconclusie bij functiewijziging

Van de functie kan moeilijk worden gezegd dat zij óf behoort tot het instructierecht van de werkgever óf een arbeidsvoorwaarde is. De functie blijkt immers niet alleen vaak een door cao-partijen beschreven functie te zijn, waarin de werknemer door de werkgever wordt ingedeeld, maar is bovendien door middel van functiewaardering verbonden aan de salariëring. Verder staat in menige cao-regeling wat er moet gebeuren bij het (als wijziging te kenmerken) herformuleren, herbeschrijven en opnieuw invullen van de nieuwe functie en functie-inhoud, ook los van bedrijfseconomische omstandigheden.

Daarnaast bestaat de beschrijving, indeling en waardering van een functie in een arbeidsovereenkomst, zonder dat op werkgever en werknemer een cao van toepassing is. Het gaat om de werkgevers die niet direct gebonden worden door een cao, in de vorm van een ondernemings-cao, en evenmin doordat zij lid zijn van een cao-sluitende werkgeversorganisatie dan wel door de avv van een cao of door de gebondenheid aan een incorporatiebeding. Dat komt in Nederland nog altijd voor in ongeveer 15% van de arbeidsovereenkomsten.

Al naar gelang de in de individuele arbeidsovereenkomst bepaalde formulering van de functie (en ook de eventuele in de individuele arbeidsovereenkomst neergelegde wijze van beschrijving, indeling en waardering), kan bij een wijziging ervan sprake zijn van een wijziging van een arbeidsvoorwaarde, maar ook van de

toepassing door de werkgever van zijn instructierecht. In het laatste geval zal het gewone ('kale') goed werkgeverschap – in de zin van 'niet-*StooffMammoet*-goed werkgeverschap' – van toepassing zijn. Goed werkgeverschap dus dat zowel toetsing aan de beginselen van zorgvuldigheid, zuiverheid van oogmerk, motivering, vertrouwen, evenredigheid en gelijkheid inhoudt, alsook de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel. Zoals we hierboven al hebben uiteengezet, zal een puur instructierecht niet snel kunnen worden aanvaard, omdat enerzijds het instructierecht ook zelf aan beperkingen onderhevig is en (de norm van het goed werkgeverschap ook van toepassing is op het instructierecht, terwijl) anderzijds onder de vigeur van het *StooffMammoet*-arrest het instructierecht ook onder de 'omstandigheden op het werk' kan vallen, waardoor de *StooffMammoet*-leer van toepassing is.

2.31 Functiewijziging als disciplinaire maatregel

Over de beoordeling van een functiewijziging als disciplinaire maatregel verschillen de standpunten van de verscheidene auteurs in de bekende handboeken over arbeidsrecht nogal. We bespreken eerst de meest uiteenlopende meningen.

Zo schrijft Laagland dat op het eerste gezicht een wijziging van de functie ten gevolge van het disfunctioneren van de werknemer redelijker lijkt dan een wijziging van de functie ten gevolge van een bedrijfsorganisatorische maatregel. Laagland legt voor die rechtvaardiging een verband met de (aard van) gewijzigde omstandigheden op het werk, een van de zeven onderdelen van de tweede trap waar de Hoge Raad in het arrest *StooffMammoet* over spreekt. Naar haar mening dient de wijziging in een bepaalde mate proportioneel te zijn aan de door de werkgever aangevoerde gewijzigde omstandigheden.²⁰⁵ Laagland meent dat met de aard van de gewijzigde omstandigheden eerder bedoeld lijkt te zijn op de impact die de omstandigheid heeft op de arbeidsorganisatie van de werkgever in verhouding tot het belang van de werknemer bij instandhouding van zijn arbeidsvoorwaarden.

In het handboek *Arbeidsovereenkomstenrecht*²⁰⁶ stellen Bouwens en Duk zich op het standpunt dat de grondslag van een disciplinaire maatregel een uitdrukkelijk beding kan zijn in de arbeidsovereenkomst, maar ook dat bepaalde maatregelen kunnen worden genomen zonder dat daarover in de arbeidsovereenkomst wordt gerept. Geoorloofd is bijvoorbeeld de berisping, maar ook, zo schrijven de twee auteurs, lijkt in het algemeen geoorloofd het intrekken van faciliteiten en emolumenten waarop contractueel geen aanspraak bestaat. In dezelfde lijn ligt volgens hen het passeren voor een periodieke verhoging die contractueel niet hoeft te worden gegeven. Ook tot overplaatsing die niet gepaard gaat met loonsverlaging kan de werkgever gerechtigd zijn, indien niet de plaats bestanddeel is van de contractuele verhouding van partijen. Overige tuchtmaatregelen zullen echter hun grondslag moeten vinden in een nadrukkelijk beding. De

205 F.G. Laagland, in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 7:611 BW, aant. 8.3.

206 Bouwens, Duk & Bij De Vaate 2018, par. 13.1 en 13.2.

auteurs verdedigen dat de werkgever kan bedingen dat hij disciplinaire maatregelen die een wijziging in de arbeidsverhouding teweegbrengen, kan nemen.²⁰⁷ De beoordeling daarvan door de rechter moet, ook wanneer sprake is van een wijziging in de arbeidsverhouding, rekening houden met de aard van de genomen maatregel. Volgens Bouwens en Duk is dan de rechterlijke toetssteen of de disciplinaire maatregel voldoet aan de reeds genoemde eis van zorgvuldige besluitvorming en als zodanig, gelet op de omstandigheden van het geval, niet onredelijk is.

Asser/Heerma van Voss²⁰⁸ stelt zich op het standpunt dat goed werkgeverschap geschikt is om, in de eerste plaats, het gebruik van de instructiebevoegdheid door de werkgever te toetsen en ook, in de tweede plaats, om een wijziging in de arbeidsovereenkomst te beoordelen. Ook wordt gewezen op het goed werknemerschap, waarmee het functioneren van de werknemer kan worden beoordeeld.

Loonstra en Zondag behandelen het onderwerp van de niet goed functionerende werknemer op verschillende plekken. De in functie verlaagde werknemer komt bijvoorbeeld voor in het hoofdstuk over de instemming van de werknemer met een wijziging van het eenzijdige-wijzigingsbeding en *Stoof/Mammoet*.²⁰⁹

Het scherpst tegenover elkaar staan hier de opvatting dat op de casus van de werknemer, aan wie het verwijt wordt gericht dat hij disfunctioneert en die een andere, lagere functie moet aanvaarden, het arrest *Stoof/Mammoet* van toepassing is enerzijds en het kale goed werkgeverschap, alleen kijkend naar zorgvuldige besluitvorming, anderzijds.

Voordat wij ons standpunt bepalen moet eerst weer verder worden onderscheiden. Voor een verlaging van een functie zijn in beginsel drie redenen:

1. Allereerst is er de situatie dat binnen de functie de taak van de werknemer wijzigt. Dit kan een aantal oorzaken hebben. Reden kan zijn dat buiten de onderneming gelegen omstandigheden veroorzaken dat de taakinhoud sluipend verandert. Langzaam wijzigt het werk. Maar ook kan de leeftijd, of beter gezegd het ouder worden van de werknemer, reden zijn dat hij minder geschikt lijkt te worden voor de zwaarte van de oorspronkelijk overeengekomen functie.
2. De tweede situatie is dat de werknemer arbeidsongeschikt is geraakt doordat de functie voor hem te zwaar is geworden.
3. De derde situatie is dat de werknemer zijn taken niet goed uitvoert en bijgevolg niet voldoet aan de vereisten. De werknemer disfunctioneert.

²⁰⁷ In de 20ste druk van 2002 stelden de toenmalige auteurs Van der Grinten en Bouwens zich nog op het standpunt dat wanneer eenmaal de mogelijkheid om bepaalde disciplinaire maatregelen te nemen tussen partijen van kracht is, toepassing daarvan door de werkgever in een concreet geval niet meer getoetst moet worden aan art. 7:613 BW. De enige toetssteen is of de disciplinaire maatregel voldoet aan de reeds genoemde eis van zorgvuldige besluitvorming.

²⁰⁸ Asser/Heerma van Voss 7-V 2015, 2.6 goed werkgeverschap en goed werknemerschap en 2.7 wijziging van de arbeidsovereenkomst.

²⁰⁹ Loonstra & Zondag 2018, p. 591-592, 605 en 608.

Ad 1.

De instrumenten functioneringsgesprek en beoordelingsgesprek zijn het meest geschikt om een langzaam plaatsvindende, sluipende functieverandering bespreekbaar te maken en niet zozeer veranderingen, maar aanpassingen te bespreken die tot beider tevredenheid en in onderlinge overeenstemming kunnen plaatsvinden. Laat de werkgever de sluipende inflatie in de functie te lang doorlopen of kaart de werknemer de stille wijzigingen niet tijdig aan, dan kan bijvoorbeeld door overspannenheid arbeidsongeschiktheid ontstaan. In ernstiger gevallen zal van de zijde van de werkgever een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen worden gedaan op de zogenoemde d-grond of/en – bij de aanwezigheid van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer – op de e-grond.

Wanneer de werkgever en de werknemer samen tijdig inzien dat de werknemer de functie niet aankan, zal uit het overleg kunnen blijken dat een lagere functie, al dan niet met behoud van loon, de oplossing voor het gegeven probleem is. Maar wat is 'rechtens' als partijen er niet uit komen? Uit het door de Hoge Raad al in 2000 (dus tussen *Taxi Hofman* en *Stoof/Mammoet* in) gewezen arrest inzake *Guitoneau/Midnet Taxi*²¹⁰ kan, zij het voorzichtig, worden opgemaakt dat de werknemer een aangeboden nieuwe, maar lagere, functie kan afwijzen als hij daar gerechtvaardigde gronden voor aanvoert. Deze kunnen en moeten soms zowel gelegen zijn in de grote nadelige financiële voorwaarden, alsook in de leeftijd en in de omstandigheid dat hij de werkzaamheden als taxichauffeur zo veel mogelijk in de avonduren en in het weekend diende uit te oefenen, en ook in het veel lagere niveau van de aangeboden functie.

Nadat begin 1994 Gooitax B.V. was overgenomen door Midnet, heeft Midnet een reorganisatie doorgevoerd, waarbij de functie van Guitoneau (hierna: G.) kwam te vervallen. Midnet heeft hem als bedrijfsleider Taxi te Hilversum aangesteld, laatstelijk tegen een salaris van f 5246,34 per maand bruto. In de loop van 1994 en in 1995 bleek Midnet dat G. niet geheel aan de eisen van de nieuwe functie kon voldoen. Zij heeft toen omgezien naar een andere functie voor hem. Midnet heeft hem vervolgens de functie van taxichauffeur aangeboden, met een tot 1 juni 2000 op een vast niveau blijvend loon, ongeveer gelijk aan het loon dat hij eerder had ontvangen in de functie van chef taxicentrale, een loon dat aanzienlijk hoger was dan het loon voor een taxichauffeur volgens de cao. Daarna zou G. mogelijk gebruik kunnen maken van een (pre-)VUT-regeling of tegen het gewone cao-loon in dienst kunnen blijven bij Midnet. G. heeft dit voorstel uiteindelijk niet aanvaard. Hij heeft mede gewezen op zijn leeftijd en op de omstandigheid dat hij geacht werd de werkzaamheden als taxichauffeur zo veel mogelijk in de avonduren en in het weekend uit te oefenen, en ook op het veel lagere niveau van de aangeboden functie. De Hoge Raad oordeelt – per saldo – dat de rechtbank niet begrijpelijk geoordeeld heeft dat het bezwaar tegen de aangeboden functie in de kern van financiële aard was. Nu de rechtbank slechts het financiële aspect van de aangeboden functie in haar beoordeling heeft betrokken, kan de bestreden uitspraak niet in stand blijven.

²¹⁰ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5648, NJ 2000/565, m.nt. P.A. Stein; *RvdW* 2000/115; *Ondernemingsrecht* 2000/48, m.nt. L.N. Franx-Schaap; *JWB* 2000/41; *JAR* 2000/120.

Ad 2.

Wanneer de werknemer arbeidsongeschikt is geraakt doordat de functie voor hem te zwaar is geworden, geldt hetgeen wij hierboven al hebben opgemerkt over de twee speciale door de centrale overheid vastgestelde regelingen, te weten de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar en de Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter.²¹¹

Ad 3.

Het antwoord op de vraag hoe de rechter om moet gaan met een vordering van de werknemer om, bij een door zijn werkgever doorgevoerde functieverlaging vanwege disfunctioneren, weer tewerkgesteld te worden in de oorspronkelijk bedongen arbeid, kan niet worden gegeven zonder eerst even terug te kijken in de geschiedenis. De geschiedenis bestaat uit enerzijds het wetsontwerp arbeidstuchtrecht en anderzijds de jurisprudentie op het gebied van functieverlaging in de periode vóór 1998, en vervolgens tot 2008 en dan tot 2020.

Eerst bespreken we de invloed van het wetsontwerp arbeidstuchtrecht en daarna de oudere jurisprudentie.

2.31.1 Invloed arbeidstuchtrecht

De (door Bouwens, Duk en Bij de Vaate ontvouwde) gedachte dat een beroep op de bevoegdheid tot tuchtrechtelijke maatregelen dient te zijn neergelegd in een bijzonder beding, is terug te voeren op het wetsontwerp ‘Wijziging van de artikelen 650 en 651 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (arbeidstuchtrecht)’,²¹² dat in 1994 bij de Tweede Kamer werd ingediend, maar in 1995 werd ingetrokken. De minister liet zich uit over de disciplinaire maatregel die betrekking had op arbeidsvoorwaarden:²¹³

‘Algemeen aanvaard is dat de bevoegdheid van de werkgever voor tuchtrechtelijk optreden gefundeerd kan worden in de aard van de arbeidsovereenkomst, dat wil zeggen in het gezag van de werkgever of in het daaruit afgeleide feit dat de werknemer in ondergeschiktheid werkzaam is en onderworpen is aan de instructies van de werkgever. Echter, wanneer de bevoegdheid tot het opleggen van disciplinaire maatregelen niet is bedongen kan de werkgever slechts gebruik maken van disciplinaire straffen die de overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet aantasten. Wanneer de werkgever een sanctie wenst op te leggen die bestaat uit een verminderde aanspraak op hetgeen is overeengekomen, zoals schorsing zonder behoud van loon, zal hij zich daarvoor op een beding moeten kunnen beroepen. Vergelijk ook het arrest van de Hoge Raad van 22 april 1988, NJ 1988, 952. Weliswaar is voor de uitoefening van de bevoegdheid niet vereist dat de wet die bevoegdheid uitdrukkelijk verleent, doch een regeling die daaraan grenzen stelt is naar ons oordeel wel gewenst. De wettelijke bepaling waarin de bevoegd-

²¹¹ Regeling van 25 maart 2002, *Stcrt.* 2002, 60, laatstelijk gewijzigd op 18 oktober 2017, *Stcrt.* 2017, 60678 en regeling van 3 december 2002, *Stcrt.* 2002, 236, laatstelijk gewijzigd op 17 oktober 2006, *Stcrt.* 2006, 224. Zie verder ook Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter van 12 maart 2003, geldend van 21 december 2005 tot en met heden.

²¹² Wijziging van de artikelen 650 en 651 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (arbeidstuchtrecht), Kamerstuk 23974.

²¹³ Kamerstukken II 1994/95, 23974, nr. 5, p. 2 (NV).

heid uitdrukkelijk wordt verleend kan worden gezien als prelude op de nadere regeling; in vergelijking met het huidige Burgerlijk Wetboek wordt het duidelijker geacht de regeling die beperkingen stelt aan de uitoefening van een bevoegdheid te beginnen met een bepaling waarin wordt vastgesteld dat die bevoegdheid bestaat.’

En iets verder:²¹⁴

‘Met betrekking tot de regels inzake de sancties zelf hebben wij hierboven reeds opgemerkt dat de werkgever zich voor het opleggen van sancties die een aanspraak op overeengekomen arbeidsvoorwaarden verminderen zal moeten kunnen baseren op een beding. Ook een vermindering van een aanspraak op bedrijfsspecifieke arbeidsvoorwaarden kan worden bedongen. Voor alle sancties geldt dat zij binnen de grenzen van de eisen van het goed werkgeverschap moeten kunnen worden toegesneden op de aard van het bedrijf en de aard van de werkzaamheden.

De sancties die niet door het wetsvoorstel worden bestreken en die de werkgever niet kan opleggen wanneer hij zich niet op een beding kan beroepen kunnen zeer verschillend zijn. Als voorbeelden kunnen worden genoemd overplaatsing, degradatie – hetgeen in de arresten van de Hoge Raad van 9 juli 1990, NJ 1991, 127 en 17 september 1993, NJ 1994, 173 aan de orde was – en intrekking van faciliteiten zoals vrij vervoer.

Artikel 1638z van Boek 7A BW blijft een belangrijke rol spelen ten aanzien van sancties die buiten het wetsvoorstel vallen. Voorts vragen deze leden met betrekking tot minder vergaande disciplinaire maatregelen dan die welke in het wetsvoorstel aan de orde zijn uiteen te zetten aan welke overtredingen en disciplinaire straffen de regering denkt. De hier bedoelde overtredingen kunnen zeer verschillend zijn. In het algemeen zal het gaan om overtredingen van regels die de goede gang van zaken en de veiligheid in de onderneming beogen te bevorderen. De werkgever zal dan gepaste maatregelen nemen die in verhouding staan tot de overtreding. Daarbij kan worden gedacht aan een berisping of een waarschuwing.’

Vervolgens is bij wet van 4 maart 1998 artikel 7:613 BW ingevoerd en is met geen woord gerept over de betekenis van het ingetrokken wetsontwerp over het arbeidstuchtrecht. De intrekking hield in de eerste plaats verband met de behandeling van het nieuw BW (NBW) in het parlement, maar ook met de nieuwe WOR.

De minister schreef aan de Kamer:²¹⁵

‘Op 26 september 1995 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden van dit wetsvoorstel. Tijdens deze mondelinge behandeling bleek dat naar de mening van de Kamer het huidige recht bevredigend werkt en dat in de praktijk, in het bijzonder bij de nadere invulling van de wettelijke regeling in c.a.o.’s, niet van grote problemen is gebleken. Door de Kamer is in dit verband voorts gewezen op de samenhang met het wetsvoorstel tot vaststelling van een nieuwe titel voor

214 Kamerstukken II 1994/95, 23974, nr. 5, p. 5 (NV).

215 Brief van 30 november 1995, Kamerstukken II 1994/95, 23974, nr. 9.

het arbeidsovereenkomstenrecht als aanpassing aan de boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (wetsvoorstel 23 438).’

‘Zou de ondernemingsraad – indien aanwezig in het bedrijf – een rol zou kunnen vervullen bij het formuleren van de voorschriften op overtreding waarvan de sanctie wordt gesteld?’, zo vroegen Kamerleden. De minister schreef in de nota naar aanleiding van het verslag:²¹⁶

‘De Sociaal-Economische Raad heeft een advies uitgebracht waarin het arbeidsreglement aan de orde komt (Advies van 20 mei 1994; Het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR; publicatie 94/06). In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van genoemd advies (Voornemen tot herziening van de Wet op de ondernemingsraden, kamerstuk TK 1994–1995 24 132, nr. 1, blz. 11) is de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op de rol van de ondernemingsraad in het algemeen ingegaan. Met betrekking tot de vaststelling van regelingen in de onderneming inzake disciplinaire maatregelen wordt daarbij uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat de ondernemingsraad ter zake instemmingsrecht dient te hebben. Dat zal worden opgenomen in artikel 27 lid 1 Wet op de ondernemingsraden.’

Wij stellen ons op het standpunt dat het bijzonder beding waarover de minister in 1995 nog sprak, in 1998 is neergelegd in de vorm van het artikel 7:613 BW-beding. Wil de werkgever derhalve een tussen werkgever en werknemer *overeengekomen* arbeidsvoorwaarde, zoals de door de minister genoemde overplaatsing, degradatie en intrekking van faciliteiten (zoals vrij vervoer), eenzijdig wijzigen, dan zijn daarvoor artikel 7:613 BW en het eenzijdige-wijzigingsbeding de aangewezen weg, met de aangewezen belangenafweging. Dat ook overplaatsing, degradatie en faciliteiten, mits overeengekomen, arbeidsvoorwaarden zijn in de zin van artikel 7:613 BW, benadrukken wij nog eens.

2.32 Oudere rechtspraak

In vroeger tijden, tot 1998, is rond het vraagstuk van de taakwijziging het goed werkgeverschap in stelling gebracht.

Zo wijst Heerma van Voss op de uitspraak van de president van de rechtbank Zwolle, waarin wordt geoordeeld dat goed werkgeverschap met zich brengt dat de werknemer geen andere taken krijgt opgedragen dan die waarvoor hij in dienst is genomen, tenzij hij daartegen in redelijkheid geen bezwaar kan maken.²¹⁷ En bij een beleidswijziging, waarbij een werknemer in een nieuwe functie niet meer kon meekomen, ligt het op de weg van een grote werkgever als de ING zo’n werkneemster opnieuw te belasten met werkzaamheden op het niveau waarvoor zij is aangenomen en die zij vele jaren naar behoren heeft vervuld.²¹⁸

²¹⁶ Kamerstukken II 1994/95, 23974, nr. 5, p. 4 (NV).

²¹⁷ Rb. Zwolle (pres.) 26 augustus 1988, KG 1988/372.

²¹⁸ Rb. Amsterdam (ktr.) 28 september 1994, Prg. 1995/4319.

Ook wijst Heerma van Voss op de verschillende uitspraken over de rechterlijke beoordeling of een taakwijziging is geoorloofd:

- De opdracht om lessen onderwijskunde te geven in plaats van pedagogiek werd geoorloofd geacht.²¹⁹
- Ook de plaatsing in een hogere functie, die de krachten van de werknemer te boven gaat, wat tot arbeidsongeschiktheid leidt, kan ongeoorloofd zijn.²²⁰
- Naar aanleiding van een aangevochten functieverlaging, ook wel aangeduid als degradatie of demotie, moesten twee verpleegkundigen van de rechter²²¹ op een afdeling worden teruggeplaatst, zodra over enkele dagen de patiënten de afdeling zullen hebben verlaten.
- Een degradatie tot klusjesman moest worden teruggedraaid.²²²
- Degradatie van een filiaal houden/audicien met achttien dienstjaren, op grond van een gebrekkige administratie, waarbij de werkgever stelde dat er een verschil van f 20.000 was opgetreden en waarvoor de werknemer verantwoordelijk was gesteld, maar waarbij niet overtuigend is aangetoond dat de werknemer verwijtbaar was tekortgeschoten.
- Aantasting van eer en goede naam (schadevergoeding ad € 30.000, plus een schadevergoeding van € 14.000, werd toegekend).²²³
- De omstandigheid dat het onvoldoende functioneren onvoldoende aanneemelijk werd gemaakt, deed zich voor in de casus bij de kantonrechter te Amersfoort.²²⁴
- Onvoldoende zwaarwegende redenen waren aangevoerd voor een degradatie van district-manager tot artsbezoeker, hoewel ten aanzien van hoger personeel een zekere beleidsvrijheid bestond voor wat betreft de handhaving in functies.²²⁵
- Degradatie van een opzichter/stookinstallatie tot cv-monteur, gepaard gaand met salarisverlaging van f 600 bruto.²²⁶

Daartussenin zit de degradatie om niet-verwijtbare redenen, en ook niet vanwege arbeidsongeschiktheid, maar door overspannenheid en vertrouwensbreuk:

- Assistent-filiaalhouder werd geplaatst in een lagere functie van eerste monteur. De kantonrechter²²⁷ achtte de functieverlaging niet in strijd met goed werkgeverschap, maar een eenzijdige salarisaanpassing in strijd met eerdere toezegging.
- Verder noemt hij de uitspraak van de kantonrechter Roermond²²⁸ met een voorbeeld van een geldige reden voor een functiewijziging, te weten dat de directeur als zodanig niet meer kan functioneren door het ontstaan van een vertrouwensbreuk.

219 Rb. Rotterdam (ktr.) 25 augustus 1993, JAR 1993/225.

220 Rb. Apeldoorn (ktr.) 9 december 1992, Prg. 1993/3864.

221 Rb. Utrecht (ktr.) 22 juli 1993, JAR 1993/218.

222 Rb. Amsterdam (ktr.) 24 januari 1987, NJ 1987/655.

223 Rb. Rotterdam (ktr.) 7 januari 1988, Prg. 1988/2836.

224 Rb. Amersfoort (ktr.) 3 december 1997, JAR 1998/10.

225 Rb. Rotterdam (ktr.) 12 februari 1992, Prg. 1992/3627; KG 1992/383.

226 Rb. Rotterdam (ktr.) 7 januari 1988, Prg. 1988/2836.

227 Rb. Enschede (ktr.) 6 december 1996, JAR 1997/18; Prg. 1997/4695.

228 Rb. Roermond (ktr.) 22 december 1995, Prg. 1996/4475.

In de rechtspraak in de periode tussen 1998 en 2008 is bij de beoordeling van een functiewijziging – al dan niet impliciet²²⁹ – de norm van goed werkgever- en werknemerschap benut. De norm van het goed werknemerschap bij de beoordeling van een functiewijziging deed zijn intrede nadat de Hoge Raad in 1998 het *Taxi Hofman*-arrest had gewezen. In de periode tussen 1998 en 2008 werd de norm van het goed werknemerschap een aantal keren benut.²³⁰ Dat liep voor de werkgever tweemaal goed af, eenmaal niet. De norm van het goed werkgeverschap is naar de achtergrond gedrongen, maar komt, overigens in combinatie met het goed werknemerschap, nog wel voor.²³¹ Voor de bespreking van de rechtspraak vóór 2008 wordt naar de eerste druk van dit boek (2008) verwezen.

Rechtspraak over de door de werkgever opgelegde maatregel van een (eenzijdige) wijziging van de functie en accessoire handelingen (als verlaging van loon en overplaatsing) tussen 2009 en 2020 is schaars. Dat heeft voor de periode tussen 2015 en 2020 hoofdzakelijk te maken met het feit dat problemen over de functie schuilgaan in ontbindingsprocedures op grond van het sinds 2015 bestaande artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder d BW: de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer. Kenmerkend voor de periode tussen 2015 en 2020 is dus dat de expliciete mogelijkheid van de door de wetgever tot redelijke grond bestemde reden van de ongeschiktheid van de werknemer, de plaats heeft ingenomen van een afzonderlijke maatregel, los van de gedachte aan een ontslag, tot wijziging van de functie. Dat kan voor een groot deel gelegen zijn in de onduidelijkheid van de aan te leggen toetssteen van zo'n afzonderlijke maatregel. Geldt het instructierecht of artikel 7:613 BW, of is goed werkgeverschap van toepassing, en zo ja, welke maatstaf speelt een rol (*Stoof/Mammoet*)? Tegenover deze onduidelijkheid staat dat in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder d BW duidelijk is verwoord dat de werkgever de werknemer tijdig in kennis moet stellen van de ongeschiktheid van de werknemer, en dat hij de werknemer voldoende in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren. Verder mag de ongeschiktheid niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer. En ten slotte moet herplaatsing binnen een redelijke termijn al dan niet met behulp van scholing in een andere passende functie niet mogelijk zijn of niet in de rede liggen.

In de periode vóór 2015 speelt een beperkt aantal zaken. De invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) bracht een thuiszorgbedrijf ertoe de functies van de werknemers eenzijdig te verlagen.²³² Naast een (niet-slagend) beroep op het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 en 6:258 BW kwam ook een beroep van de werkgever op artikel 7:611 BW, in de vorm van het goed werknemerschap (zowel in aanvullende als in beperkende zin) aan de orde, dat door de kantonrechter als volgt wordt beoordeeld:

229 Rb. Rotterdam (ktr.) 12 februari 1992, Prg. 1992/3627; KG 1992/383.

230 Rb. Rotterdam (ktr.) 17 februari 2005, JAR 2005/91; Rb. Terneuzen (ktr.) 19 mei 2004, JAR 2004/157. De andere uitkomst: Rb. Eindhoven (ktr.) 25 mei 2004, JAR 2004/139.

231 Rb. Zaandam (ktr.) 16 januari 2006, JAR 2006/296; Rb. Zutphen (ktr.) 27 april 2004, JAR 2004/127.

232 Rb. Gelderland (ktr.) 25 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4171.

‘Met betrekking tot de vorderingen van de werknemers faalt het beroep van de werkgever op artikel 7:611 BW, reeds omdat niet valt in te zien dat de werknemers, als goede werknemers, genoeg moeten nemen met een voorstel tot functiewijziging en salarisvermindering in strijd met de CAO, terwijl een partij bij diezelfde CAO nakoming daarvan mag verlangen. Het kan niet zo zijn dat de op artikel 7:611 BW terug te voeren wijziging van arbeidsvoorwaarden in een reeks van individuele gevallen fungeert als alternatieve slagboom voor de toelating van collectief ontoelaatbare aanpassingen van de arbeidsovereenkomst. In het verlengde daarvan valt evenmin in te zien dat de nakoming door dezelfde werknemers van de met hen overeengekomen arbeidsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’

Tweemaal past de rechter in de periode vóór 2015 de drie stappen uit het arrest *Stoof/Mammoet* toe.²³³⁻²³⁴ Aanleiding, redelijkheid en gevolgen worden alle drie getoetst.

Bij de Amsterdamse²³⁵ longspecialist verloopt dat als volgt. Achtergrond van de maatregel is het rapport van de Inspectie en het doel van het ziekenhuis om de communicatie te verbeteren. Dat het besluit om geen patiënten meer aan te nemen een alledaags besluit is, is niet geloofwaardig, nu de werknemer het besluit heeft afgestemd met de Inspectie. De eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor patiënten staat er niet aan in de weg dat hij dit besluit neemt na overleg met een bestuurder. Dit geldt temeer nu de afspraak was gemaakt om meer met elkaar te communiceren. Door wel de Inspectie te informeren, is de werknemer een onberekenbare factor geworden. Daarmee was er aanleiding voor het voorstel. Het voorstel is ook redelijk nu alleen het leidinggevende aspect komt te vervallen en de arbeidsvoorwaarden gelijk blijven. Dat het voorstel een degradatie inhoudt, is in de gegeven omstandigheden onvoldoende om het voorstel niet te accepteren. Daarbij is van belang dat het ziekenhuis zich bereid heeft getoond de communicatie over de functiewijziging in goed overleg te doen.

In de tweede in 2012 spelende zaak²³⁶ wordt ook *Stoof/Mammoet* toegepast. De aanleiding wordt onderzocht, de redelijkheid en of de maatregel van de werknemer kan worden gevegd.

De werknemer is al gedurende een geruime tijd door de werkgever erop gewezen dat er binnen de basgroep problemen zijn en dat deze problemen samenhangen met het functioneren van werknemer als aanvoerder. Het verwijt dat door de werknemer aan de werkgever wordt gemaakt met betrekking tot de door hem gehanteerde procedure houdt geen stand. Onder de hiervoor geschetste omstandigheden is het voorstelbaar dat de werkgever op enig moment aan de werknemer heeft meegedeeld dat hij een wijziging van zijn functie wilde. Dat de terugplaatsing van de werknemer, zeker na zo'n lange tijd, ingrijpend is, behoeft geen betoog, maar niet kan worden gezegd dat dit individuele belang

233 Rb. Amsterdam (vzr.) 13 november 2012, JAR 2013/8.

234 Rb. Amsterdam (vzr.) 22 februari 2012, JAR 2012/81.

235 Rb. Amsterdam (vzr.) 13 november 2012, JAR 2013/8.

236 Rb. Amsterdam (vzr.) 22 februari 2012, JAR 2012/81.

van de werknemer om als *primus inter pares* te blijven opereren, zwaarder dient te wegen dan het belang van de werkgever. De kantonrechter wijst de vordering van de werknemer af.

2.32.1 Geen breuk met het verleden: opmerkelijke consistentie

Vóór 1999 overheersten bij de inhoudelijke beoordeling van een taakwijziging en een functieverlaging twee inzichten. Het eerste was dat een wijziging van functie niet eenvoudig is. De werkgever mag de werknemer weliswaar in beginsel een andere taak opdragen zolang deze binnen de functieomschrijving blijft, maar daarbuiten kan dit alleen in geval van gewichtige/zwaarwichtige redenen en de op te dragen nieuwe taak dient op het niveau van de oude functie te liggen. En het tweede inzicht is dat, wanneer er al een bevoegdheid is om eenzijdig de arbeidsvoorwaarden te veranderen, er zwaarwegende redenen dienen te zijn die geen aanmerkelijke achteruitgang meebrengen.²³⁷ De hierboven genoemde uitspraak van de kantonrechter Rotterdam uit 1992 gebruikt overigens niet de term zwaarwegende redenen²³⁸ voor de degradatie van district-manager tot artsbezoeker. In werkelijkheid blijkt de aanpak die de kantonrechter hanteert te zijn gericht op de aanleiding voor de werkgever om tot degradatie over te gaan. Verder speelt het niet horen van de werknemer – een formeel argument, maar belangrijk in het kader van goed werknemerschap en goed werkgeverschap en vereist onderling overleg – een grote rol.

Volgens de werkgever voldeed de werknemer als district-manager niet. Hij bleek bij voortdurende situaties onjuist te beoordelen, hij was bijzonder slordig en nonchalant ten aanzien van zijn plannen en omgang met collega's, en er was een constante stroom klachten over het niet nakomen van afspraken. De werknemer geeft volgens de werkgever blijk van gebrek aan tact en flexibiliteit, en dat wordt zowel door collega's als door het door hem geleide team steeds minder aanvaard, wat leidt tot toenemende irritaties en spanningen.

De werkgever merkt ook op dat hij geen reden had te streven naar een beëindiging van de arbeidsverhouding. Omdat de werknemer als artsbezoeker zeer goed had voldaan, is om die reden besloten hem per 1 maart 1992 weer terug te plaatsen als artsbezoeker, terwijl de terugplaatsing geen salarisconsequenties behoeft te hebben.

De kantonrechter overweegt dat vooropgesteld moet worden dat een werkgever ten aanzien van hoger personeel een zekere beleidsvrijheid toekomt als het gaat om de vraag of de betrokken werknemer in zijn functie gehandhaafd kan blijven. Dan moet vervolgens worden onderzocht in hoeverre naar objectieve maatstaven er in november 1991 aanleiding was te beslissen dat eiser met ingang van 1 maart 1992 geen district-manager meer zou kunnen zijn.

Van de gestelde ernstige irritaties bij collega's en ondergeschikten is niets gebleken. Bovendien blijkt dat de werknemer niet de gelegenheid had zich schriftelijk te verantwoorden, waarna een en ander weer met hem zou worden besproken.

²³⁷ G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 148.

²³⁸ Heerma van Voss 1999, p. 136 en daarna, bij de conclusie, p. 148.

Dusdoende heeft gedaagde zich de mogelijkheid ontnomen om zijn standpunt ten aanzien van het functioneren van eiser en met name zijn voornemen hem de functie van district-manager te ontnemen, te toetsen aan diens opvattingen daarover.

En naast 'de aanleiding' komen ook de grote 'gevolgen' voor de werknemer aan de orde, waardoor de aanvaarding van de functieverlaging niet van de werknemer kon worden gevergd. De kantonrechter:

'Ook de wijze waarop eiser door gedaagde is bejegend kan in het kader van een voorlopig oordeel de toets van de kritiek niet doorstaan. Het moge waar zijn dat gedaagde geen reden had om naar de beëindiging van het dienstverband te streven, gelijk zij stelt, maar zij heeft er ook geen blijk van gegeven dat zij er in voldoende mate rekening mee heeft gehouden dat de terugplaatsing van een district-manager, met de supervisie over 8 artsenbezoekers, tot artsenbezoeker – wat men ook doet om de pil te vergulden – voor de betrokkene een zeer aanzienlijk gezichtsverlies binnen de organisatie betekent.'

Daarmee is deze voorloper niet alleen vooruitziend geweest, maar tegelijkertijd een teken van een behoorlijke mate van consistentie in de rechtspraak over het onderwerp functiewijziging, sinds Gisolf in 1985 zijn boek *Ander werk*²³⁹ schreef. Gisolf concludeerde dat uit 'regels' in de rechtspraak tot 1986 kon worden afgeleid dat een beleid als goed werkgever meebrengt (1) dat wijziging in de werkzaamheden niet geschiedt dan na behoorlijk overleg met de betrokken werknemer, (2) dat in dat overleg de gronden van de werkgever kenbaar moeten worden gemaakt, (3) dat de werknemer de belangen van zijn kant duidelijk aan de werkgever heeft te melden, (4) dat de werkgever dan wel moet luisteren (op straffe van omkering van de bewijslast ten aanzien van de redelijke grond van de bezwaren van de werknemer), en (5) dat als de maatregel zijn grond vindt in aan de werknemers gerichte verwijten, aan deze de gelegenheid moet worden geboden zich te rechtvaardigen. Weliswaar, zo merken wij op, allemaal formeel aandoende, vooral op overleg tussen werkgever en werknemer gerichte regels, maar de eerste contouren van de aanleiding (eerste trap in de drietrapsraket van het arrest *Stoof/Mammoet*) en de (on)redelijkheidstoets (tweede trap in *Stoof/Mammoet*) zijn al zichtbaar.

2.33 Enkel verlaging functie of verlaging functie met verlaging loon of overplaatsing

Is met de beschrijving van het wetsontwerp arbeidstuchtrecht en met de beschrijving van oudere rechtspraak tot 1998 en tussen 1998 en 2008 daarmee ook een standpunt bepaald over overplaatsing, degradatie en intrekking van faciliteiten waar geen afspraak over bestaat tussen werkgever en werknemer?

239 R.C. Gisolf, *Ander werk*. Onderzoek naar de rechtsbescherming van werknemers bij ongewenste taakwijziging, Arnhem: Gouda Quint 1985.

Zoals uit de woorden van de minister ten tijde van het wetsvoorstel over arbeidstuchtrecht blijkt, is toen voor de beoordeling van de disciplinaire maatregelen, ook van arbeidsvoorwaardelijke aard, gedacht aan een rol voor het goed werkgeverschap, toen nog artikel 1638z BW geheten.²⁴⁰ Wij zijn van oordeel dat het goed werkgeverschap zowel in de vorm van het ‘Stoof/Mammoet-goed werkgeverschap’ als in de vorm van het ‘kale goed werkgeverschap’ als gereedschap kan worden benut. Maar er is (alweer) reden om te onderscheiden.

Wij willen onderscheid maken tussen de verlaging in de functie ten gevolge van disfunctioneren aan de ene kant en functieverlaging die gepaard gaat met overplaatsing, standplaatswijziging of met verlaging van het loon (of alle twee of drie) aan de andere.

Bij een beoordeling van een, wegens (vermeend) disfunctioneren ingegeven, functieverlaging zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat er sprake is van disfunctioneren, in de zin van in de persoon van de werknemer gelegen ongeschiktheid om de bedongen arbeid te verrichten. Het kale goed werkgeverschap geeft de werknemer (en de rechter) voldoende gereedschap om de werkgever ertoe te bewegen te onderbouwen waarom naar zijn mening sprake is van disfunctioneren. Het motiveringsbeginsel speelt hierbij de voornaamste rol omdat het de werknemer in staat stelt om de door de werkgever aangevoerde gronden om hem te demoveren of te degraderen te laten toetsen op onwaarheid. De werknemer (en de rechter) kan ook de evenredigheid van de maatregel beoordelen. Een andere mogelijkheid is om, na de constatering dat de functie een arbeidsvoorwaarde is, maar ook valt onder de zogenoemde ‘gewijzigde omstandigheden op het werk’ van het Stoof/Mammoet-arrest, de aanleiding voor de werkgever om de wijziging aan de werknemer voor te stellen (de eerste trap) te onderzoeken. De werkgever kan dan, mits het disfunctioneren voldoende aannemelijk wordt gemaakt (dan wel aangetoond), een adequatere aanleiding voor een wijziging van de functie vinden in de omstandigheid dat de werknemer niet goed functioneert, dan een bedrijfsorganisatorische of bedrijfseconomische reden aan te voeren.

2.33.1 Verlaging functie samen met verlaging loon of met standplaatswijziging en/of overplaatsing

Zodra evenwel de verlaging van een functie gepaard gaat met een overplaatsing of met verlaging van het loon, is niet meer alleen aan de orde dat het handelen of nalaten van de werkgever op redelijkheid wordt getoetst, maar zal ook afgewogen moeten worden of de werkgever een aanleiding heeft, of deze zwaardere en ingrijpendere maatregel redelijk is, en of ook, in de gegeven situatie, aanvaarding van de werknemer gevergd kan worden.

Is er wel reden om dit onderscheid aan te brengen? De aanvaardbaarheid in rechte van een verlaging van de functie wegens disfunctioneren betekent toch dat dan ook door de werknemer een verlaging van het loon dat bij de oude functie behoorde en gelijkgeschakeld wordt met de nieuwe functie, in de zin dat het naar beneden wordt bijgesteld, moet worden geaccepteerd?

²⁴⁰ Wijziging van de artikelen 650 en 651 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (arbeidstuchtrecht), Kamerstukken II 1994/95, 23974, nr. 5, p. 2 (NV).

2.34 Lagere functie = lager loon?

Van beperkt belang is evenwel de uitspraak van de Hoge Raad uit 1999,²⁴¹ waaruit blijkt dat de Hoge Raad vindt dat wanneer een lagere functie tussen werkgever en werknemer is overeengekomen, onder omstandigheden, daarmee ook lager loon is aanvaard:

In die casus aanvaardde de werknemer, die aanvankelijk chauffeur was, de functie van beveiligingsbeambte en aan die functie is volgens de cao een lager loon verbonden. De werkgever paste het salaris aan, maar gaf de werknemer wel een persoonlijke toeslag. De werknemer vorderde het oorspronkelijke loon. De werknemer beriep zich op het arrest van de Hoge Raad van 9 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1438, NJ 1995/113 (waarin het standpunt werd aanvaard dat de bewijslast op de werkgever rust wanneer de werknemer het verweer voert dat het oorspronkelijk overeengekomen loon in een later stadium met toestemming van de werknemer is verlaagd, maar de werknemer die toestemming gemotiveerd betwist).

De Hoge Raad besliste dat de rechtbank (in 1999 nog hogerberoepsinstantie) kennelijk van oordeel is geweest dat het in het licht van de omstandigheden van het geval zozeer aannemelijk is dat de aanvaarding door de werknemer van de functie van beveiligingsbeambte mede aanvaarding inhield van aanpassing van zijn arbeidsvoorwaarden aan de nieuwe functie, dat, behalve door de werknemer te leveren tegenbewijs, daarvan moest worden uitgegaan.

De kantonrechter in Utrecht²⁴² lijkt in 2018 deze uitspraak van de Hoge Raad toe te passen, door te overwegen dat de aanvaarding van een functie in een lagere salarisschaal impliceert dat de daarbij behorende arbeidsvoorwaarden worden aanvaard.

Dat is, naar onze mening, evenwel een te stellige uitleg van de twee uit 1994 en 1999 stammende uitspraken van de Hoge Raad, die uiteindelijk enkel gingen over de bewijslast. Een algemeen uitgangspunt dat aanvaarding van een functie ook aanvaarding van het daarbij behorende salaris inhoudt, is daarmee niet gegeven. Uitzondering op de regel is wanneer de werknemer ondubbelzinnig dan wel welbewust zijn instemming heeft gegeven (en daar later op terugkomt).

De conclusie luidt dus dat zodra de verlaging van een functie gepaard gaat met een overplaatsing of met verlaging van het loon, niet meer alleen aan de orde is dat het handelen of nalaten van de werkgever op redelijkheid wordt getoetst, maar ook afgewogen zal moeten worden of de werkgever een aanleiding heeft, of deze zwaardere en ingrijpendere maatregel redelijk is, en of ook, in de gegeven situatie, aanvaarding van de werknemer gevegd kan worden. Daarvoor is sinds kort²⁴³ te meer reden, omdat in het geval van een functiewijziging met lager salaris geen recht op een navenante (pro rato) transitievergoeding bestaat.

241 HR 4 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2797, JAR 1999/31 (Mostert/Group 4 Securitas).

242 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6796, JAR 2018/42.

243 SIPOR-uitspraak van de Hoge Raad van 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749.

2.35 Lood om oud ijzer?

Uit het bovenstaande blijkt dat wij bij een wijziging van de functie die niet gepaard gaat met een verlaging van het loon en ook niet gepaard gaat met een standplaatswijziging of overplaatsing, van mening zijn dat zowel goed werkgeverschap in de kale vorm alsook goed werkgeverschap zoals uitgewerkt in het Hoge Raad-arrest *Stoof/Mammoet* van toepassing kan zijn. Voorwaarde is wel dat de rechter het motiveringsbeginsel uit het kale goed werkgeverschap goed toepast en de onwaarheid of waarheid van het aangewezen disfunctioneren onderzoekt en er een oordeel over geeft. Het verschil tussen kaal goed werkgeverschap en aangekleed (*Stoof/Mammoet*) goed werkgeverschap bij de beoordeling van respectievelijk alleen een verlaging in functie enerzijds en een verlaging in functie gepaard gaand met verlaging van loon en/of overplaatsing anderzijds is dan vooral gelegen in de gevolgen voor de werknemer. Wanneer het disfunctioneren door de werkgever voldoende is aangetoond, moet een enkele verlaging van de functie van de werknemer gevegd kunnen worden. Zou de verlaging te grof zijn, bijvoorbeeld met niet één maar enkele schalen, dan kan dat door middel van het evenredigheidsbeginsel binnen het kale goed werkgeverschap alsnog goed worden beoordeeld. Verlaging van het oorspronkelijke loon naar het nieuwe loon, dat ook bij de functie hoort, kan, in geval van disfunctioneren en indien proportioneel, geoorloofd zijn omdat een verschil tussen de beloning van de gedegradeerde werknemer en de werknemers met dezelfde functie als de gedegradeerde werknemer alleen oorbaar is als er objectieve rechtvaardigingsgronden voor zijn en strijd met het gelijkheidsbeginsel vermeden wordt.

Bij toepassing van het evenredigheidsbeginsel, het subsidiariteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel dient ook het zorgvuldigheidsbeginsel door de werkgever in acht te worden genomen. Sinds 2015 komt in de wet (Wwz, art. 7:669 BW) de, al langer bij het UWV, maar vóór 2015 nog niet zo expliciet door (kanton)rechters benutte, norm voor dat ontslag vanwege de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid (anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken) niet eerder kan plaatsvinden dan nadat de werkgever de werknemer tijdig daarvan in kennis heeft gesteld. Bovendien dient de werkgever de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid te stellen zijn functioneren te verbeteren, terwijl de ongeschiktheid ook niet het gevolg mag zijn van onvoldoende zorg voor scholing of arbeidsomstandigheden. Het verbod om de werknemer te overvallen, door hem tijdig in kennis te stellen, is een vorm van zorgvuldigheid. Het gebod om de werknemer zijn leven eerst te laten beteren, is een vorm van evenredigheid en subsidiariteit. Er zijn immers eerst andere mogelijkheden dan meteen naar ontbinding of zelfs ontslag zonder opzegtermijn te grijpen. We zien de toepassing van proportionaliteit en subsidiariteit ook bij ontslag op staande voet.²⁴⁴

Het is deze wisselwerking die de Hoge Raad waarschijnlijk voor ogen heeft gehad, toen hij in de *Victoria*-beschikking de interessante procesrechtelijke vingerwijzing gaf van het tegenverzoek van de werknemer dat gericht is op afwijzing van een ontbindingsverzoek van de werkgever.²⁴⁵ Kruit vindt het vreemd

²⁴⁴ S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet*, Deventer: Kluwer 2013, p. 414 en ook p. 89 en 288.

²⁴⁵ Zie ook P. Kruit, *De gedeeltelijke beëindiging met en zonder transitievergoeding*. Kolom, *Victoria* en *SIPOR*: tot hier en (niet) verder?, *TAP* 2020/158.

dat het verzoek van de werknemer tot wijziging van de arbeidsovereenkomst plaats kan vinden als de kantonrechter een alinea eerder heeft geconcludeerd dat hij redelijkerwijs zou moeten ontbinden. Maar daar zit hem wat mij betreft de kneep: de meeste kantonrechters lezen verzoek en tegenverzoek, hoe laat ook ingediend, voor ze de zittingzaal ingaan en letten (dus) op de wisselwerking.

In het kader van het – binnen het (kale) goed werkgeverschap passende – beginsel van de zorgvuldigheid, die door de werkgever in acht moet worden genomen bij de voorbereiding van zijn maatregel, kunnen de in artikel 7:669 BW neergelegde bijzondere eisen als de tijdige informatie en de correctiemogelijkheid ook een rol spelen bij een verlaging van de functie. Wordt in plaats van het kale goed werkgeverschap het werkgeverschap uit het arrest *Stoof/Mammoet* door de rechter toegepast, in het kader van een verlaging van de functie zonder de andere maatregelen als overplaatsing en verlaging van loon, dan kunnen de uit artikel 7:669 BW voortvloeiende extra eisen meegenomen worden in het kader van de aanleiding voor de werkgever om tot verlaging van de functie te komen.

2.36 Overplaatsing en standplaatswijziging

Overplaatsing is niet hetzelfde als standplaatswijziging. Met overplaatsing wordt vaak een disciplinaire maatregel bedoeld, hoewel overplaatsing ook bedrijfseconomisch ingegeven kan zijn. Toch is er ons inziens een subtiel – vooral in het gehoor gelegen – verschil, waarbij overplaatsing pejoratiever klinkt.

Indien verlaging van functie gepaard gaat met verlaging van loon en/of een wijziging van de standplaats is naar onze mening de toepasselijkheid van de *Stoof/Mammoet*-criteria aan de orde. Niet alleen de aanleiding moet worden onderzocht, en de redelijkheid in de bekende zeven stappen, maar ook de gevolgen voor de werknemer en het antwoord op de vraag of het van de werknemer gevegd kan worden dat zowel zijn functie wordt verlaagd alsook zijn loon en zijn standplaats worden aangepast.

2.36.1 Standplaatswijziging: vanwege bedrijfseconomische noodzaak en als disciplinaire maatregel?

De standplaats is voor een werknemer een in gewicht niet onbelangrijke arbeidsvoorwaarde. Zij kan voor hem om allerlei redenen (zoals bijvoorbeeld de reistijd, de mogelijkheid snel thuis te zijn vanwege zorgtaken e.d.) zwaarder wegen dan de functie. Bijgevolg is wijziging van standplaats als bedrijfseconomische noodzaak te beoordelen aan de hand van een eenzijdige-wijzigingsbeding of, bij gebreke daarvan, goed werkgeverschap in de zin van het arrest *Stoof/Mammoet*. Wanneer standplaatswijziging wordt gebruikt als een disciplinaire maatregel, dient de beoordeling daarvan plaats te vinden langs gelijke lijnen als de verlaging van functie (par. 2.35). Daarbij zullen, indien de standplaats meer dan de overplaatsing grote gevolgen heeft voor de werknemer in de zin van de afstand die hij moet afleggen van zijn woonhuis naar de nieuwe werkplek, moeten worden meegewogen het nadeel voor de werknemer in de zin van artikel 7:613 BW en wat van hem gevegd kan worden in de zin van (*Stoof/Mammoet* en) artikel 7:611 BW.

Alhoewel het uitgangspunt (ook) bij een standplaatswijziging dient te zijn dat een standplaats een arbeidsvoorwaarde is en dat de wijziging ervan, indien in een cao neergelegd, een zwaarwichtig belang in de zin van artikel 7:613 BW kan zijn, doet zich ook voor dat, in het geval van overplaatsing als disciplinaire maatregel, de werkgever zich beroept op de wat liberalere wijze waarop een overplaatsing op bedrijfseconomische gronden in de cao geregeld is.

De kantonrechter in Lelystad²⁴⁶ zag zich geplaast voor de stelling van de werkgever (een agrarisch opleidingsinstituut) dat standplaats, in de toepasselijke cao, geen vaststaand begrip is. De kantonrechter was voorshands van oordeel dat het uitgangspunt bij de beoordeling van onderhavige vordering de individuele arbeidsovereenkomst is, die bepaalt dat de standplaats een met name genoemde woonplaats is:

‘Die individuele afspraak tussen partijen wordt niet opzij gezet door het in de CAO HBO geformuleerde uitgangspunt dat er geen strakke definitie van standplaats geldt. Artikel C-3 lid 3 van de CAO HBO biedt weliswaar de mogelijkheid om tot een wijziging van de standplaats te komen doch enkel “bij veranderingen in de organisatie van opleidingen”. Niet gesteld noch voorshands gebleken is dat hiervan sprake is.’

Gebleken was juist dat de reden van de overplaatsing gelegen is in de voor de werknemer negatieve afloop van de ontbindingsprocedure (bij een andere kantonrechter, in Leeuwarden) en het functioneren van de werknemer als docent.

Verder blijkt uit dezelfde casus van de docente van het agrarisch opleidingsinstituut dat een stellingname van de werkgever dat een standplaatswijziging voortvloeit uit het instructierecht, soms ook een riskante positiebepaling kan zijn. Een eenzijdig doorgevoerde instructie duidt niet op een gesprek tussen partijen waarin een voorstel tot een wijziging van een arbeidsvoorwaarde (met name in een ‘*StooffMammoet*-situatie’) wordt gedaan. Dat kan betekenen dat de eerste trede van de drietrapsraket van *StooffMammoet* al niet goed beklommen is.

Op grond van het arrest *StooffMammoet*²⁴⁷ oordeelt de kantonrechter dat allereerst dient te worden onderzocht of de werkgever 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. De kantonrechter komt tot het oordeel dat niet de conclusie kan worden getrokken dat de werkgever aan de werknemer een voorstel heeft gedaan dat voldoet aan de daaraan te stellen criteria. Daarin ligt immers besloten dat sprake moet zijn van een ‘voorstel tot wijziging’. In het op 2 april 2015 gehouden gesprek is eenzijdig de overplaatsing naar een andere vestigingsplaats aangekondigd. In dat gesprek was immers geen sprake van een door de werkgever gedaan voorstel dat voor onderhandeling vatbaar was. Dit blijkt ook uit het gespreksverslag van 2 april 2015, waarin onder andere staat dat dit het aanbod en instructie is.

²⁴⁶ Rb. Midden-Nederland (ktr.) 9 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4094.

²⁴⁷ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204.

Ten slotte wijzen wij erop dat, bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding en bij de toepassing van het goed werkgeverschap ingevolge het arrest *Stoof/Mammoet*, ook bij overplaatsing het gebod om de werknemer zijn leven eerst te laten beteren als een vorm van evenredigheid en subsidiariteit moet worden beschouwd en een grote rol speelt.

2.37 Overplaatsing

Over overplaatsing als disciplinaire maatregel merkten wij hierboven op dat overplaatsing als accessoire maatregel bij een verlaging (of andere wijziging) van functie, al dan niet samen met verlaging van loon, beoordeeld dient te worden met het drie stappen kennende goed werkgeverschap uit het *Stoof/Mammoet*-arrest. De aanleiding om naast een verlaging van de functie ook een overplaatsing te laten plaatsvinden, dient dan door de rechter te worden onderzocht in het kader van de eerste stap. En de derde stap, te weten wat van de werknemer kan worden gevergd, kan eveneens een rol spelen bij de inhoudelijke beoordeling.

De voorzieningenrechter in Zwolle²⁴⁸ beoordeelde een door de werkgever (warenhuis) gesteld disfunctioneren van een store manager 2 die leiding gaf aan twintig medewerkers, aan de hand van de maatstaven van *Stoof/Mammoet* en kleurde de aanleiding voor de werkgever (de eerste stap in *Stoof/Mammoet*) om tot overplaatsing naar een filiaal in de lagere functie van (gewoon) store manager, met leiding over vijf werknemers, over te gaan in het kader van het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in. De werkgever bleek op geen enkel moment of op wat voor manier dan ook te hebben getracht het vertrouwen te herstellen, ondanks een goede staat van dienst van de werknemer gedurende dertien jaar. Bovendien oordeelde de voorzieningenrechter dat de werkgever minder ingrijpende maatregelen had kunnen treffen, in de vorm van een waarschuwing of een nader functionerings- of beoordelingsgesprek en een daaraan te verbinden verbetertraject (r.o. 5.9).

2.38 Aanpassing arbeidsplaats ofwel arbeidsplek/werkplek

Artikel 2 lid 6 Wfw kent de bepaling dat de werkgever het verzoek van de werknemer om aanpassing van de arbeidsplaats overweegt en overleg pleegt met de werknemer als hij het verzoek afwijst. In goed Nederlands legt de minister uit dat het gaat om een ‘right to ask’ van de werknemer en ‘a duty to consider’ van de kant van de werkgever. Onder arbeidsplaats wordt in artikel 1 Wfw verstaan: iedere overeengekomen plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt door de werknemer.

In lid 13 van artikel 2 Wfw is de herziening van de aanpassing van de arbeidsplaats iets beter beschermd voor de werknemer. Sprake is dan van ‘na die beslissing of aanpassing opgekomen belangen ten aanzien van de arbeidsplaats of op

248 Rb. Overijssel (vzr.) 24 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA0308.

grond van na die beslissing of aanpassing opgekomen zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen als bedoeld in het vijfde lid ten aanzien van de arbeidstijd'. De inhoud van die norm staat in lid 11 van artikel 2 Wfw: ernstige problemen op het gebied van veiligheid, van roostertechnische aard of van financiële of organisatorische aard. Voor de rechtspraak daarover verwijzen wij naar paragraaf 2.16.9.1 en 2.16.9.3.

2.39 Pensioen, vervoersregelingen en onkostenvergoedingen

Voor de drie onderwerpen eenzijdige wijziging van pensioen, eenzijdige wijziging van vervoersregelingen (waaronder bedrijfsauto en leaseauto) en (reis)onkostenvergoedingen verwijzen wij naar hoofdstuk 3, waar Ribca van Wijngaarden deze apart behandelt.

2.40 Europees recht en eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst

2.40.1 Grote verscheidenheid aan Europese regels ...

Een bepaling als neergelegd in artikel 7:613 van het Nederlands BW of een artikel 7:611 BW kent het Europese recht niet. Dat wil niet zeggen dat de eenzijdige verandering door de werkgever van een arbeidsovereenkomst niet op andere wijze door het Europese recht wordt beheerst. Gebruik wordt gemaakt van het EU-Handvest en van verschillende richtlijnen en een raamovereenkomst.

Het EU-Handvest speelt een belangrijke rol bij de beoordeling van ongelijke behandeling. De hierboven in paragraaf 2.14 beschreven eenzijdige wijziging van vakantie wordt voor een groot deel door (Europees recht en met name) het Handvest bestreken. Dit Handvest groeit in belang, mede doordat het in de verhouding tussen werkgever en werknemer directe werking kent. Het Handvest komt hieronder nog aan de orde bij de bespreking van de kwestie over de eenzijdige wijziging van een beloningssysteem.²⁴⁹

EU-Richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep speelt de hoofdrol bij de beoordeling van een maatregel van de lidstaat Hongarije om de rechters, officieren van justitie en notarissen die de leeftijd van 62 hebben bereikt verplicht met pensioen te laten gaan, in plaats van met 70. Maar ook een op het eerste gezicht vreemde eend in de bijt als Richtlijn 98/59 betreffende collectief ontslag is van belang voor het onderwerp van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Immers, Richtlijn 98/59 moet volgens het HvJ zo worden uitgelegd dat het feit dat een werkgever eenzijdig en ten nadele van de werknemer overgaat tot een substantiële wijziging van essentiële elementen van diens arbeidsovereenkomst, om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van deze werknemer, onder het begrip 'ontslag' (als bedoeld in art. 1 lid 1, eerste alinea, onder a) van deze richtlijn, valt.

²⁴⁹ HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:977, JAR 2017/38.

Naast het Handvest en verschillende richtlijnen staat ook nog de zogenoemde raamovereenkomst, die als bijlage is opgenomen bij Richtlijn 1999/70. Deze raamovereenkomst is door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten en betreft arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Met name clause 4, punt 1, van die op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst speelt een rol bij de beoordeling van arbeidsvoorwaarden.

Ten slotte speelt ook nog het Verdrag van de Europese Unie (VEU) een rol. Het komt aan de orde bij de kwestie van de Poolse rechters.²⁵⁰

2.40.2 Ongelijke behandeling

De belangrijkste methode om een verslechtering in en van de arbeidsovereenkomst en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer te beoordelen is deze langs de lat van de ongelijke behandeling te leggen. Die beoordeling verloopt langs drie meetpunten. Het eerste meetpunt is of de doelstelling van de maatregel legitiem is. De tweede stap is of de middelen voor het bereiken van dat doel passend en vervolgens of ze ook noodzakelijk zijn, en dus in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.

Allereerst moet dus worden nagegaan of de maatregelen en bepalingen hun rechtvaardiging vinden in een legitieme doelstelling. In de zaak van de Hongaarse rechters, officieren en notarissen (wier pensioenleeftijd eenzijdig werd verlaagd van 70 naar 62 jaar) wordt gewezen op de doelstellingen van sociaal beleid.

Als 'legitiem' in de zin van artikel 6 lid 1, eerste alinea, van Richtlijn 2000/78 kunnen worden beschouwd, waardoor ze dus naar hun aard kunnen rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het verbod van leeftijdsdiscriminatie, doelstellingen van sociaal beleid, zoals die in verband met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.²⁵¹

De door de Commissie aangehaalde omstandigheid dat uit de door Hongarije naar voren gebrachte bepalingen niet uitdrukkelijk een specifieke doelstelling blijkt, is niet doorslaggevend. Uit artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78 kan namelijk niet worden afgeleid dat een gebrek aan precisie met betrekking tot het nagestreefde doel van de betrokken nationale regeling automatisch zou uitsluiten dat zij kan worden gerechtvaardigd op grond van deze bepaling. Bij gebreke van een dergelijke nauwkeurige vermelding is het echter wel van belang dat het onderliggende doel van de betrokken maatregel kan worden bepaald aan de hand van andere aanknopingspunten, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel, zodat de legitimiteit ervan en het passende en noodzakelijke karakter van de ter bereiking van dit doel gebruikte middelen door de rechter kunnen worden getoetst. Bijgevolg moeten de argumenten worden onderzocht die Hongarije in de precontentieuze fase alsook in zijn geschriften en ter terechtzitting heeft aangevoerd. Deze houden in dat de betrokken bepalingen in wezen twee doelstellingen moeten bereiken, namelijk het eenvormig maken, in het kader

250 HvJ EU 24 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:531, JAR 2019/187.

251 Zie HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07, ECLI:EU:C:2009:128 Jur. 2009, p. I-1569, punt 46 (*Age Concern England*) en HvJ EG 18 juni 2009, C-88/08, ECLI:EU:C:2009:381, Jur. 2009, p. I-5325, punt 41 (*Hütter*), en het arrest *Prigge e.a.*, HvJ EU 13 september 2011, ECLI:EU:C:2011:573.

van de beroepen die onder de openbare dienst vallen, van de maximumleeftijd waarop de werkzaamheden moeten worden beëindigd, waarbij de levensvatbaarheid van het pensioenstelsel, een hoog werkgelegenheidsniveau en de verbetering van de kwaliteit en de efficiëntie van de rechtsbedeling gewaarborgd moeten blijven, en de invoering van een 'meer evenwichtige leeftijdsstructuur' die de toegang van jonge juristen tot het beroep van rechter, officier van justitie of notaris vergemakkelijkt en hun een snellere carrière waarborgt.

Vervolgens moet nog worden nagegaan of de betrokken nationale bepalingen geschikte en noodzakelijke middelen zijn om tot de verwezenlijking van deze beide doelstellingen te komen.

Wat de eerste doelstelling betreft zijn deze bepalingen in beginsel een geschikt middel om de door Hongarije nagestreefde doelstelling van eenvormigheid te bereiken, juist omdat zij beogen de verscheidenheid aan maximumleeftijden waarop de werkzaamheden moeten worden beëindigd voor alle beroepen die binnen de rechterlijke macht onder de openbare dienst vallen, zo niet op te heffen dan toch sterk terug te brengen.

Maar bij de bepaling van de noodzakelijkheid van het middel gaat het voor Hongarije mis. Niet alleen vindt een evenredigheidstoets plaats, maar ook gewettigd (lees: gerechtvaardigd) vertrouwen en een te abrupte afbouw spelen een rol. Hongarije had minder beperkende maatregelen kunnen nemen en de betrokkenen meer gelegenheid moeten bieden de salarisvermindering tot 30% op te vangen.

Teneinde te onderzoeken of de betrokken bepalingen verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van genoemde doelstelling en op excessieve wijze afbreuk doen aan de belangen van de betrokkenen, dienen deze bepalingen weer in hun wetgevingscontext te worden geplaatst en dient rekening te worden gehouden zowel met het nadeel ervan voor de betrokkenen als met het voordeel ervan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat.²⁵²

De betrokkenen zullen hoe dan ook en definitief de arbeidsmarkt verlaten, zonder de gelegenheid te hebben gehad om de regelingen te treffen, met name van economische en financiële aard, die in een dergelijke situatie nodig zijn, gelet op de omstandigheid dat hun ouderdomspensioen, zoals ter terechtzitting is gepreciseerd, minstens 30% lager is dan hun bezoldiging en dat de beëindiging van de werkzaamheden geen rekening houdt met de tijdvakken van bijdragen, zodat het recht op een volledig pensioen niet is gewaarborgd.

Geconcludeerd moet worden dat Hongarije niets heeft aangedragen op basis waarvan kan worden vastgesteld dat de betrokken doelstelling niet met een minder beperkende maatregel had kunnen worden bereikt.

Daarnaast heeft Hongarije ook niet de redenen genoemd waarom het de pensioenleeftijd met acht jaar heeft verlaagd zonder deze wijziging geleidelijk aan

²⁵² Zie HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601, Jur. 2010, p. I-9391, punt 73 (Rosenbladt).

door te voeren. Gelet op een en ander moet de conclusie luiden dat de betrokken bepalingen niet noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van de door Hongarije aangevoerde doelstelling van eenvormigheid.

Aangaande de tweede doelstelling, die beoogt een meer evenwichtige leeftijdsstructuur in te voeren om zo de toegang van jonge juristen tot het beroep van rechter, officier van justitie of notaris te vergemakkelijken en hun een snellere carrière te waarborgen, moet worden geoordeeld dat, zoals Hongarije naar voren brengt, de verlaging van de maximumleeftijd waarop de werkzaamheden moeten worden beëindigd, ervoor zal zorgen dat een groot aantal posten zal vrijkomen die door jonge juristen kunnen worden bezet, en dat dit de personeelsrotatie en het personeelsverloop binnen de betrokken beroepsgroepen zal versnellen. Dergelijke ogenschijnlijk positieve effecten op de korte termijn kunnen evenwel afbreuk doen aan de mogelijkheid om tot een werkelijk evenwichtige 'leeftijdsstructuur' op de middellange en de lange termijn te komen.

Hieruit volgt dat de betrokken bepalingen niet geschikt zijn om het doel van de invoering van een meer evenwichtige 'leeftijdsstructuur' te bereiken.

Het is vloeken in de kerk, alleen al omdat de vergelijking mank gaat, maar opmerkelijk is hoe de beoordeling of het middel geschikt en noodzakelijk is, parallel kan lopen met de maatstaven die gebruikt worden om naar Nederlands recht het goed werkgeverschap in te vullen, zoals het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.

2.40.3 Arbeidsvoorwaarde: opzegtermijn is een arbeidsvoorwaarde

Naar Europees recht is een arbeidsvoorwaarde vooral een ontslagvoorwaarde. Het HvJ²⁵³ is van oordeel dat een nationale regeling niet door de beugel kan, die bepaalt dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een looptijd van meer dan zes maanden kunnen worden opgezegd met een vaste opzegtermijn van twee weken, ongeacht de anciënniteit van de betrokken werknemer, terwijl de duur van de opzegtermijn voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd is vastgelegd op basis van de anciënniteit van de betrokken werknemer en kan variëren van twee weken tot drie maanden, wanneer deze twee categorieën van werknemers zich in vergelijkbare situaties bevinden.

Het begrip 'arbeidsvoorwaarden' wordt ook gebruikt in de hierboven, in de Hongaarse zaak, al besproken Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PbEG 2000, L 303, p. 16) en in Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.²⁵⁴ Vast staat dat, volgens de bewoordingen van artikel 3 lid 1 onder c van Richtlijn 2000/78 en artikel 14 lid 1 onder c van Richtlijn 2006/54,

253 HvJEU 13 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:152 (Clause 4, punt 1, van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd).

254 PbEU 2006, L 204, p. 23.

arbeidsvoorwaarden met name de ontslagvoorwaarden omvatten. De strekking van het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ in de zin van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst is, naar analogie, soortgelijk. In het licht van deze overwegingen wordt door het HvJ geoordeeld dat de opzegtermijn van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onder het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ in de zin van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst valt.

Een uitlegging van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst die deze opzegvoorwaarden uitsluit van de definitie van het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ in de zin van deze bepaling, zou ertoe leiden dat de werkingssfeer van de aan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd toegekende bescherming tegen discriminatie in strijd met de doelstelling van deze bepaling wordt ingeperkt, aldus het HvJ.²⁵⁵

2.40.4 Loonsverlaging

Een verlaging van het loon of een andere aantasting van de arbeidsvoorwaarden kan door de Europese rechter ook worden beoordeeld in het kader van de Richtlijn collectief ontslag. De bescherming heeft dan niet het karakter van een beoordeling naar Nederlandse recht (een zwaarwichtig belang volgens art. 7:613 BW of een gerede aanleiding ex art. 7:611 BW), maar de waarborgen die gelegen zijn in de omstandigheid dat het gaat om een collectief ontslag. Dat betekent vooral overleg met bij de onderneming betrokken vakbonden. Maar voordat het aantal werknemers bereikt is op grond waarvan de Richtlijn collectief ontslag van toepassing is, moet eerst worden bepaald wie onder de werknemers vallen.

In de periode tussen 16 en 26 september 2013 heeft de werkgever tien werknemers ontslagen vanwege individuele redenen, onder wie verzoeker in deze zaak. Aan zijn ontslag lagen economische en met de productie verband houdende redenen ten grondslag. In de negentig dagen hieraan voorafgaand en de negentig dagen erna zijn nog ongeveer dertig arbeidsovereenkomsten geëindigd, ofwel vanwege vrijwillig vertrek, ofwel vanwege het aflopen van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, ofwel door onrechtmatig ontslag of door ontslag op verzoek van een werknemster nadat haar salaris met 25% was verlaagd. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat het vaste salaris van de betrokken werknemster eenzijdig door de werkgever was verminderd, welke vermindering, bij gebreke van instemming van de betrokkene, leidde tot de beëindiging van de overeenkomst en de betaling van een vergoeding die op dezelfde basis was berekend als de vergoeding die verschuldigd is in geval van onrechtmatig ontslag.

Verzoeker stelt dat, gelet op het aantal ontslagen, de werkgever de procedure voor collectief ontslag had moeten volgen. Het HvJ²⁵⁶ oordeelt dat artikel 1 lid 1, eerste alinea, onder a van Richtlijn 98/59 aldus moet worden uitgelegd dat werknemers met een overeenkomst die is gesloten voor bepaalde tijd of voor een bepaald werk, moeten worden aangemerkt als deel uitmakend van de

²⁵⁵ HvJ EU 24 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:531, JAR 2019/187.

²⁵⁶ HvJ EU 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:743, JAR 2015/317, m.nt. M. van Eck en M. Ruijsenaars.

werknemers die ‘gewoonlijk’ werkzaam zijn – in de zin van die bepaling – in de betrokken bedrijfsseenheid.

Richtlijn 98/59 inzake collectief ontslag kent geen uitdrukkelijke omschrijving van het begrip ‘ontslag’. Desalniettemin dient – gelet op de door die richtlijn nagestreefde doelstelling en op de context van artikel 1 lid 1, eerste alinea, onder a daarvan — ervan uit te worden gegaan dat het hier gaat om een Unierechtelijk begrip dat niet aan de hand van de wettelijke regelingen van de lidstaten kan worden gedefinieerd. Dit begrip moet zo worden uitgelegd dat het elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst omvat die de werknemer niet heeft gewild en waarmee hij dus niet heeft ingestemd.²⁵⁷

Heel bijzonder is dat zelfs in het geval de werknemer zelf degene is geweest die ontslag nam, toch aangenomen wordt dat sprake is van een ontslag van de kant van de werkgever, vanwege de voorafgaande eenzijdige wijziging van een substantieel element van de arbeidsovereenkomst, die geen betrekking heeft op de persoon van de werknemer en waarbij de werknemer geen accordering afgeeft.

In het hoofdgeding lijkt het er op het eerste gezicht op dat de werkneemster, aangezien zij degene was die had verzocht om beëindiging van de arbeidsovereenkomst, heeft ingestemd met deze ontbinding. Dit neemt evenwel niet weg dat de beëindiging van die arbeidsverhouding haar oorsprong vindt in de eenzijdige wijziging door de werkgever van een substantieel element van de arbeidsovereenkomst om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van deze werkneemster.

Het HvJ constateert ook nog een zekere onevenwichtigheid, althans tegenstrijdigheid in de wijze waarop de zogenoemde ‘Unie-wetgever’ zijn standpunt over de Richtlijn collectief ontslag heeft bepaald.

Zo was deze wetgever enerzijds van mening dat personen met arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd of een bepaald werk, welke overeenkomsten regelmatig eindigen door het verstrijken van de duur of de voltooiing van het werk, niet op dezelfde wijze hoeven te worden beschermd als de werknemers met arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Overeenkomstig artikel 1 lid 2 onder a van Richtlijn 98/59 kunnen de eerstgenoemde personen desalniettemin dezelfde bescherming genieten als die welke wordt verleend aan werknemers die voor onbepaalde tijd zijn aangeworven, indien zij zich in een vergelijkbare situatie bevinden, dat wil zeggen een situatie waarin de arbeidsverhouding is beëindigd vóór afloop van de in de overeenkomst vastgelegde termijn, of vóórdat het werk waarvoor zij zijn aangetrokken is voltooid.

Anderzijds heeft deze wetgever, door de toepassing van de door artikel 1 lid 1, eerste alinea, onder a van Richtlijn 98/59 aan werknemers toegekende rechten afhankelijk te stellen van kwantitatieve criteria, rekening willen houden met het totale aantal werknemers van de betrokken bedrijfsonderdelen, teneinde aan werkgevers geen bovenmatig grote last op te leggen in verhouding tot de omvang

²⁵⁷ HvJ-arresten *Comissie/Portugal*, C-55/02, ECLI:EU:C:2004:605, punten 49-51 en *Agorastoudis e.a.*, C-187/05-C-190/05, ECLI:EU:C:2006:535, punt 28.

van hun bedrijfsonderdeel. Met het oog op de berekening van het aantal werknemers voor de toepassing van Richtlijn 98/59 is de aard van de arbeidsverhouding irrelevant.²⁵⁸

Het HvJ vindt dat de werknemer met een contract voor bepaalde tijd op dezelfde wijze behandeld moet worden voor de toepassing van de Richtlijn collectief ontslag als de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Het HvJ heeft in latere uitspraken geoordeeld dat ook onder ontslag valt een niet door de werknemer aanvaard voorstel tot tijdelijke loonsverlaging met 15% en een beperking van de anciënniteitspremie.²⁵⁹ In hun annotatie bij deze laatste uitspraken in JAR²⁶⁰ tekenen Van Eck en Ruijssenaars aan dat als vaststaat dat het enige doel van die (collectieve) wijziging het voorkomen van (collectief) ontslag is, huns inziens een serieus risico bestaat dat de werkgever gehouden is aan (vroeg) tijdige(r) raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers. Wacht de werkgever totdat blijkt dat de wijzigingen niet haalbaar blijken en/of onvoldoende opleveren en gaat men alsnog over tot collectief ontslag, dan is raadpleging in dat stadium mogelijk te laat. Niet (tijdige) nakoming van de raadplegingsverplichtingen kan, zo schrijven de beide annotatoren, volgens de Nederlandse Wet melding collectief ontslag (WMCO) leiden tot toekenning van een billijke vergoeding aan werknemers; reden te meer het tijdstip waarop geraadpleegd wordt en waarop de melding collectief ontslag wordt gedaan beter te vroeg dan te laat te doen.

2.40.5 De Griekse leraar die werkt in Duitsland²⁶¹

Het VEU, geldend vanaf 1 december 2009, wordt ingezet bij de beoordeling van de gerechtvaardigheid van een loonsverlaging.

Tijdens de crisis in verband met de financiering van de Griekse overheidsschuld heeft de Helleense Republiek wet nr. 3833/2010 betreffende dringende maatregelen om de crisis in de overheidsfinanciën op te lossen aangenomen. Artikel 1 van deze wet, dat in werking is getreden op 1 januari 2010, bepaalt dat elk type toelage, de vergoedingen en de bezoldigingen van openbare ambtsdragers en overheidsambtenaren met 12% worden verlaagd. Deze verlaging is ook van toepassing op personeel dat een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst heeft met een overheidsinstantie en heeft voorrang op alle cao-bepalingen, scheidsrechterlijke uitspraken en individuele arbeidsovereenkomsten. Voorts heeft de Helleense Republiek wet nr. 3845/2010, met als opschrift 'Maatregelen voor de toepassing van het stabiliteitsmechanisme voor de Griekse economie van de eurolanden en het Internationaal Monetair Fonds', afgekondigd. Artikel 3 van deze wet, dat in werking is getreden op 1 juni 2010, bepaalt in wezen dat de bezoldigingen van de in artikel 1 van wet nr. 3833/2010 bedoelde werknemers opnieuw met 3% worden verlaagd.

258 Zie in die zin het arrest *Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, punten 35 en 36.

259 HvJ EU 21 september 2017, ECLI:EU:C:2017:708 en 711, JAR 2017/276 en 277, m.nt. M. van Eck en M. Ruijssenaars.

260 JAR 2017/277.

261 HvJ EU 18 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:774.

Nikiforidis is vanaf 1996 als leraar werkzaam geweest op een basisschool die zich bevindt in Neurenberg in Duitsland en wordt beheerd door de Helleense Republiek. In de periode van oktober 2010 tot en met december 2012 heeft de Helleense Republiek Nikiforidis' brutobezoldiging, die vooraf was berekend overeenkomstig de Duitse collectieve arbeidsovereenkomst, met € 20.262,32 verlaagd wegens de vaststelling door de Griekse wetgever van bovengenoemde wet nr. 3833/2010 en nr. 3845/2010. Met deze wetten werd beoogd uitvoering te geven aan de overeenkomsten die de Helleense Republiek had gesloten met de Europese Commissie, de Europese Centrale Bank en het Internationaal Monetair Fonds (VN). Nikiforidis heeft in Duitsland een geding aanhangig gemaakt, waarbij hij bijkomend salaris voor de periode van oktober 2010 tot en met december 2012 vordert, alsook de afgifte van loonberekeningen.

Het HvJ²⁶² antwoordt op door het Bundesarbeitsgericht gestelde vragen dat artikel 9 lid 3 van de Rome I-verordening aldus moet worden uitgelegd, dat het uitsluit dat andere bepalingen van bijzonder dwingend recht dan die van de forumstaat of de staat waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, door de aangezochte rechter als rechtsregels kunnen worden toegepast. Het lid 3 staat er niet aan in de weg dat het met dergelijke andere bepalingen van bijzonder dwingend recht rekening houdt als feitelijk element, voor zover het nationale recht dat krachtens de bepalingen van die verordening op de overeenkomst toepasselijk is, daarin voorziet. Aan die uitlegging wordt niet afgedaan door het in artikel 4 lid 3 VEU vermelde beginsel van loyale samenwerking.

2.40.6 Beloningssysteem (salaristrappen) aangepast

Ook hier zien we, net als bij de eerste in deze paragraaf behandelde zaak van de rechters, officieren van justitie en notarissen tegen Hongarije, dat een benadeling van de werknemer in de vorm van vertraagde salaristrappentoekenning door middel van een toets op ongelijke behandeling wordt beoordeeld. Het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd is (inmiddels) verankerd in artikel 21 van het EU-Handvest. Een verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 21 en 28 van het EU-Handvest, alsmede van artikel 2 lid 1 en 2 en artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.²⁶³ De recente kwestie over salaristrappen ging meer in het bijzonder over een besluit van het Pensionsversicherungsanstalt (pensioenverzekeringsorgaan) dat was gebaseerd op een bepaling van een cao die voorzag in een langere duur voor overgang van de eerste naar de tweede salaristrap dan voor de overgang naar de navolgende salaristrappen. Het HvJ besliste dat artikel 2 lid 1 en 2 van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep zich niet verzet tegen een nationale cao volgens welke een werknemer wiens studietijdvakken in aanmerking worden genomen bij de inschaling in de salaristrappen wordt

²⁶² HvJ EU 18 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:774.

²⁶³ PbEG 2000, L 303, p. 16.

onderworpen aan een verlenging van de duur voor overgang van de eerste naar de tweede salaristrap. De motivering van het HvJ luidt dat deze verlenging toepassing vindt op elke werknemer wiens studietijdvakken in aanmerking worden genomen, ook – met terugwerkende kracht – op werknemers die reeds navolgende salaristrappen hebben bereikt.

2.40.7 Overgang van onderneming en wijziging van arbeidsvoorwaarden

De oorspronkelijke Richtlijn 77/187/EEG en de opvolgers 98/50/EG en 2001/23/EG kennen alle een bepaling over de zogenoemde economische, technische en organisatorische redenen, ofwel eto-redenen. Artikel 4 lid 1 van Richtlijn (98/50 en) 2001/23 bepaalt dat de overgang van onderneming of vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag vormt. Deze bepaling, zo vervolgt de tweede volzin van lid 1, vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijziging voor de werkgelegenheid met zich brengen. Voor ons onderwerp, de eenzijdige wijziging, constateren we allereerst dat de nadruk dus op ontslagen ligt en niet op wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De vraag is vervolgens of eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden na een overgang van onderneming mogelijk is. Op het eerste gezicht lijkt dat niet mogelijk. Dat blijkt allereerst uit de preambule van het voorstel van de Europese Commissie²⁶⁴ van 31 mei 1974, waarin overwogen wordt dat van belang is dat op communautair niveau actie wordt ondernomen om de bescherming van de werknemers bij wijzigingen in de structuur van de onderneming te verzekeren, ‘ten einde hen in de mate van het mogelijke stabiliteit en zekerheid van tewerkstelling alsmede behoud van de arbeidsvoorwaarden en de rechten die vroeger werden verworven, te waarborgen, zowel op grond van een individueel contract als ingevolge collectieve overeenkomsten en algemeen aanvaarde praktijken alsmede krachtens regelingen die specifiek in de onderneming van toepassing zijn’.²⁶⁵ Op de tweede plaats blijkt het uit de verwerping van de (schijn)maxime dat wie het meerdere mag ook het mindere mag.²⁶⁶ En ook de oorspronkelijke tekst van de conceptrichtlijn, die niet van eto-ontslagen rept, maar van ‘ontslagen welke noodzakelijk zijn wegens dwingende interne vereisten’, is streng. Daar staat weer tegenover dat in artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG is voorgeschreven dat de vervreemder en de verkrijger de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers, die bij de overgang zijn betrokken, informatie moeten verstrekken over, onder andere, de reden van de overgang en de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers. Ook overwogen maatregelen moeten in de informatie worden betrokken. De verkrijger moet deze informatie tijdig aan de vertegenwoordigers van de werknemers verstrekken en in ieder geval – en dat is voor het onderwerp van de eenzijdige wijziging van belang – voordat deze werknemers

²⁶⁴ Door de Commissie bij de Raad ingediend op 31 mei 1974, PbEG 13 september 1974, C 104/1.

²⁶⁵ Voorstel richtlijn tot behoud van rechten en voordelen, door de Commissie bij de Raad ingediend op 31 mei 1974, PbEG 13 september 1974, C 104/1.

²⁶⁶ A-G De Bock in haar conclusie vóór *Victoria*, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, JAR 2020/73, m.nt. M van Eck en M. Ruijssenaars; R.M. Beltzer & B.C.L. Kanen, *Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: no hay mayor dificultad que la poca voluntad*, ArA 2019, afl. 3, p. 86.

‘in hun arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden rechtstreeks door de overgang worden getroffen’. En verder bepaalt lid 3 van artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG dat de informatie en de raadpleging minstens betrekking hebben op de maatregelen die ten aanzien van werknemers worden overwogen, waarbij informatie moet worden verstrekt en een raadpleging moet worden gehouden ruim voordat de in de eerste alinea bedoelde wijziging in de vestiging daadwerkelijk optreedt.

Gesteld al dat het in bepaalde gevallen mogelijk is eenzijdige wijzigingen door te voeren, dan lijkt dat in ieder geval beperkt tot de (wijziging van) onderwerpen die niet rechtstreeks, op grond van artikel 4 lid 1, eerste volzin, van Richtlijn 2001/23/EG, het gevolg zijn van de overgang en tot gevallen waarin werknemers worden vertegenwoordigd door de in artikel 2 lid 1 aanhef en onder c van Richtlijn 2001/23/EG geduide werknemersvertegenwoordigers. Bovendien blijft gelden dat volgens het HvJ de richtlijn niet mag worden ingeroepen ‘om de arbeidsomstandigheden van de bij een overgang van onderneming betrokken werknemer te verslechteren’.²⁶⁷

En verder blijft natuurlijk van toepassing hetgeen wij hierboven in dit hoofdstuk hebben vermeld over de voorwaarden die verbonden zijn aan de toepassing van artikel 7:613 en 7:611 BW.²⁶⁸ Zou het erom gaan de eto-redenen te gebruiken bij een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, dan kan op grond van de historie (de conceptriblijn van de Europese Commissie uit 1974) de ‘noodzakelijkheid wegens dwingende interne vereisten’ nog invulling geven aan het begrip ‘zwaarwegend’ van artikel 7:613 BW en met name aan de eerste (de ‘gerede aanleiding’) van de drie *Stoof/Mammoet*-criteria. Dat lijkt vooral in het belang van de werknemer. Daartegenover kan de werkgever voor de zwaarwichtigheid en het belang van de werknemer dat, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, moet wijken (beide op grond van art. 7:613 BW) een beroep doen op het te bereiken en door het HvJ aanvaarde ‘billijke evenwicht’ tussen de belangen van de werknemer en die van de verkrijger bij de toepassing en uitleg van de Richtlijn overgang van onderneming.²⁶⁹ Dit laatste belang van de verkrijgende werkgever lijkt abstracter en van minder gewicht in de belangenafweging dan de nogal klemmende, aan eto-redenen verbonden, noodzaak wegens dwingende (interne) vereisten.

In zijn uitspraak van 26 maart 2020²⁷⁰ wijdt het HvJ aandacht aan een bepaling in Richtlijn 2001/23/EG die nog niet veel aandacht heeft gekregen, hoewel zij wonderlijk genoeg wel in de Nederlandse wetgeving terecht is gekomen in de vorm van artikel 7:665 BW. De uitspraak wijst op het begrip van de aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer. Deze kan leiden

267 HvJ EU 26 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:239, JAR 2020/110, onder verwijzing naar de arresten *Merckx en Neuhuys* van 7 maart 1996, ECLI:EU:C:1996:87 en *Scattolon* van 6 september 2011, ECLI:EU:C:2011:542.

268 Zie ook N. Jansen, *Overgang, ontslag en wijziging in de greep van de rechtspraak (deel 2: wijziging)*, *ArbeidsRecht* 2019/6.

269 HvJ EG 9 maart 2006, ECLI:EU:C:2006:168 (*Werhof*), HvJ EU 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:521 (*Alemo-Herron*) en recentelijk *ISS/Govaerts*, HvJ EU 26 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:239, JAR 2020/110, m.nt. M.L.G. Otto.

270 HvJ EU 26 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:239, JAR 2020/110, m.nt. M.L.G. Otto.

tot een verbreking van de arbeidsovereenkomst na overgang van onderneming. De verbreking wordt toegedicht, al vindt zij plaats op initiatief van de werknemer, aan het toedoen en het initiatief van de verkrijger. Verbreking kan plaatsvinden wanneer een splitsing van de arbeidsovereenkomst of verhouding onmogelijk blijkt te zijn of zo'n splitsing afbreuk doet aan het behoud van de door de richtlijn gewaarborgde rechten van de betrokken werknemer. Uit r.o. 37 van de ISS/Govaerts-uitspraak kan worden afgeleid dat iedere verslechtering al een aanmerkelijke wijziging is. Tijdens de behandeling van artikel 7:665 BW in de parlementaire stukken is door de minister opgemerkt dat een neerwaartse bijstelling van de arbeidsvoorwaarden niet kwalificeert als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, zodat met betaling van een transitievergoeding kan worden volstaan.²⁷¹ In onze ogen moet er desondanks rekening mee worden gehouden dat een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden die voor de werknemer reden is om de arbeidsovereenkomst niet te willen handhaven in sommige omstandigheden wel degelijk ernstig verwijtbaar kan zijn. Wij denken dan niet aan de door de minister in de memorie van toelichting²⁷² gegeven voorbeelden van de aanzienlijk langere reistijd of het verloren gaan van promotiekanalen, maar meer aan verlaging van loon, andere arbeidstijden en verandering van functie en arbeidsplaats, dat laatste onder verwijzing naar de ISS/Govaerts-uitspraak.

2.40.8 De pensioenleeftijd van de Poolse rechters²⁷³

Het EU-Handvest kent een artikel 47 dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht garandeert. Verder bepaalt artikel 19 lid 1, tweede alinea, VEU dat het Hof van Justitie van de Europese Unie het HvJ omvat, het gerecht en gespecialiseerde rechtbanken, en het verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitleg en toepassing van verdragen. De lidstaten voorzien, zo bepaalt lid 1 verder, in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren.

Verder is artikel 2 VEU nog van belang, dat bepaalt: de waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.

De beslissing van de Poolse regering om de pensioenleeftijd van de rechters van de Sad Najwyzszy, de hoogste rechter in burgerlijke zaken in Polen, van 70 naar 65 te verlagen, ook voor zittende rechters, is volgens het HvJ²⁷⁴ in strijd met de beginselen die in artikel 47 van het EU-Handvest zijn neergelegd, maar ook in

271 Kamerstukken I 2013/14, 33818 (MvA); F.M. Dekker, Excerpta parlementaire geschiedenis WWZ, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 65.

272 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 92 (MvT). In: Dekker 2015, p. 63 en 64.

273 HvJ EU 24 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:531.

274 HvJ EU 24 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:531.

artikel 6 en 13 EVRM. Dat de bestreden maatregel van de Poolse regering ook wordt toegepast op zittende rechters heeft tot gevolg dat deze rechters eerder hun ambt moeten neerleggen en dat die hervorming derhalve kan leiden tot gerechtvaardigde zorg over de eerbiediging van het beginsel van onafzetbaarheid.

Het beginsel van onafzetbaarheid vereist in het bijzonder dat rechters moeten kunnen aanblijven zolang zij de verplichte pensioenleeftijd nog niet hebben bereikt, of indien een mandaat aan een bepaalde termijn is gebonden tot deze is verstreken. Zonder van een absoluut beginsel te spreken, zo overweegt het HvJ, kunnen hierop slechts uitzonderingen worden gemaakt indien er legitieme en dwingende gronden zijn om dit te doen en het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen. Doorgaans wordt erkend dat rechters uit een functie kunnen worden ontheven als ze ongeschikt zijn om deze te vervullen wegens onbekwaamheid of een ernstig verzuim, wanneer daarbij de toepasselijke procedures in acht worden genomen.

Evenals in de hierboven besproken zaak van de Hongaarse rechters, officieren van justitie en notarissen, komt ook in de zaak van de Poolse rechters de vraag aan de orde of het door de Republiek Polen gebruikte middel geschikt is. De Republiek Polen heeft volgens het HvJ niet aangetoond dat de bestreden maatregel een geschikt middel vormt om de verschillen te verminderen tussen diverse maximumleeftijden waarop alle betrokken beroepsgroepen verplicht hun werkzaamheden beëindigen. En verder is het evenredigheidsbeginsel geschonden doordat de maatregel om de pensioenleeftijd eenvormig te maken tot een abrupte en aanzienlijke verlaging leidde, zonder dat werd voorzien in overgangsmaatregelen ter bescherming van het gewettigd vertrouwen van de rechters.

Een beroep van Polen op de uitspraak van 17 februari 2018 in de zaak van de Portugese rechters²⁷⁵ wordt door het HvJ verworpen. De salarissen van de Portugese rechters werden tijdelijk verlaagd, het betrof een beperkt bedrag, en de maatregel was niet specifiek gericht tot de leden van één hoog college, zoals in Polen.

Hierboven, bij de bespreking van de zaak van de Poolse rechters bij het HvJ, kwamen al even de artikelen 6 en 13 EVRM voorbij. Naast deze en andere artikelen in het EVRM is ook nog artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM²⁷⁶ van belang voor het onderwerp van de eenzijdige wijziging. Zo heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op 4 september 2012 en 2 oktober 2012 twee kwesties behandeld waarbij het in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM opgenomen eigendomsrecht aan de orde kwam. De eerste vraag luidde of nabetaling van salaris en toeslagen aan ambtenaren het eigendomsrecht aantastte, de

²⁷⁵ HvJ EU 27 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:117.

²⁷⁶ Article 1: 'Protection of property. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.'

tweede zaak ging over een intrekking van een vroegpensioenuitkering voor de zorg voor een ziek kind. In de laatste kwestie werd het belang van het principe van *good governance* aan de orde gesteld. Bij wijziging van een arbeidsvoorwaarde spitst de discussie over het recht op eigendom in de zin van het Eerste Protocol bij het EVRM zich toe op het antwoord op de vraag of de inbreuk een ‘possession’ betreft en of een inbreuk in het algemeen belang is, en bij wet voorzien. Bij de vraag of een inbreuk in het algemeen belang is, toetst het EHRM of een inbreuk proportioneel is, gezien het beoogde doel.

‘In examining the conformity of these events with the Convention, the Court reiterates the particular importance of the principle of good governance. It requires that where an issue pertaining to the general interest is at stake, especially when it affects fundamental human rights, including property rights, the public authorities must act promptly and in an appropriate and above all consistent manner (see *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, § 120, ECHR 2000-I; *Öneriyıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 128, ECHR 2004-XII; *Megadat.com S.r.l. v. Moldova*, no. 21151/04, § 72, 8 April 2008; and *Rysovsky v. Ukraine*, no. 29979/04, § 71, 20 October 2011). It is desirable that public authorities act with the utmost care, in particular when dealing with matters of vital importance to individuals, such as welfare benefits and other such rights. In the present case, the Court considers that having discovered their mistake, the authorities failed in their duty to act speedily and in an appropriate and consistent manner (see *Moskal*, cited above, § 72).

In view of the above considerations, the Court does not see any reason to depart from its ruling in the leading case concerning EWK pensions, *Moskal v. Poland*, and finds that in the instant case a fair balance has not been struck between the demands of the general interest of the public and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights and that the burden placed on the applicant was excessive.’

De beoordeling van de gevolgen voor de vroeggepensioneerde vindt plaats langs een formele lijn (snel en adequaat handelen) en een materiële lijn (excessief in termen van proportionaliteit).

2.40.9 Conclusie Europees recht en eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden

De beoordeling op grond van Europees recht van maatregelen van een werkgever om de arbeidsvoorwaarden van een werkzaam persoon eenzijdig te wijzigen, vindt plaats op grond van een groot aantal Europeesrechtelijke regels, zoals het EVRM, het VEU, het EU-Handvest, EU-richtlijnen en een zogenoemde raamovereenkomst.

Ook de uitkomst van de beoordeling is een geheel andere dan het Nederlandse recht laat zien. Wordt een eenzijdige wijziging beoordeeld in het kader van de Richtlijn collectief ontslag, dan leidt dit er wel toe dat bepaalde eenzijdige maatregelen kunnen worden opgevat als ontslag, maar daarmee worden zij niet ongedaan gemaakt omdat ze in strijd zijn met (bijvoorbeeld) redelijkheid en billijkheid of anderszins. Dat resultaat wordt deels wel bereikt wanneer een

maatregel in strijd wordt bevonden met het beginsel van de gelijke behandeling, zoals de zaken van de Hongaarse (2013) en Poolse (2019) rechters laten zien. Maar het loopt weer anders af indien de raamovereenkomst, die van toepassing is op de arbeidscontracten voor bepaalde tijd, in stelling wordt gebracht en waar het begrip ‘misbruik’ een grote rol speelt. Het leidt er dan toe dat in algemene zin arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd niet slechter worden behandeld dan arbeidsverhoudingen voor onbepaalde tijd. En bij het recht op eigendom in de zin van het Eerste Protocol bij het EVRM spitst de wijziging van een arbeidsvoorwaarde zich toe op of de inbreuk een ‘possession’ betreft en of de inbreuk in het algemeen belang is, en bij wet voorzien. Bij de vraag of een inbreuk in het algemeen belang is, toetst het EHRM of een inbreuk proportioneel is, gezien het beoogde doel. Ook daar komt het proportionaliteitsbeginsel weer om de hoek kijken.

Al met al een breed en divers pakket, dat redelijk direct, maar soms wel met een lichte kwalificatieomweg (ongelijke behandeling, collectief ontslag, strijd met eigendomsrecht, misbruik, aanzienlijke wijziging) toepasbaar is op (eenzijdige) wijzigingen van de arbeidsovereenkomst en in het bijzonder op wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer.

3 Eenzijdige wijziging met betrekking tot vervoersregelingen, onkostenregelingen en pensioen

Ribca van Wijngaarden*

3.1 Inleiding

Wanneer een arbeidsovereenkomst is afgesloten tussen werkgever en werknemer moet conform de redelijkheid en billijkheid de inhoud van de arbeidsovereenkomst uitgelegd worden. Dit houdt in dat de letterlijke tekst van de overeenkomst niet allesbepalend is. Bij de vraag wat partijen zijn overeengekomen, komt mede belang toe aan de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de contractsbepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij daaromtrent redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.¹ Wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden uit de arbeidsovereenkomst vinden slechts plaats door aanbod en aanvaarding van beide partijen. Dit houdt dus in dat het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden niet door een eenzijdige rechtshandeling van een van beide partijen kan geschieden.

3.1.1 Arbeidsvoorwaarden

Arbeidsvoorwaarden zijn de voorwaarden waaronder de werknemer het werk verricht. Deze afspraken bevinden zich op individueel niveau (de arbeidsovereenkomst), bedrijfsmatig niveau (de personeelsovereenkomst) en/of collectief niveau (de collectieve arbeidsovereenkomst, cao). De ondernemingsraad heeft ingevolge artikel 27 lid 1 onder a WOR instemmingsrecht ten aanzien van een voorgenomen besluit van de werkgever tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot diverse regelingen.²

* Ribca van Wijngaarden is advocaat te Amsterdam.

1 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Haviltex*). Deze wijze van uitleg is van toepassing op bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst. Bij uitleg van cao-bepalingen geldt een objectieve uitlegmethode, zie HR 24 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, JAR 2004/83 (*DSM/FOX*).

2 Zie ook par. 2.7 van dit boek.

3.1.2 Eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden

Werkgever en werknemer kunnen met wederzijds goedvinden de arbeidsvoorwaarden wijzigen. In het debat over het wijzigingen van arbeidsvoorwaarden worden verschillende juridische grondslagen onderscheiden. Ten eerste artikel 7:613 BW, ten tweede de uitleg die de Hoge Raad aan de toetsingsmaatstaf van het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden ex artikel 7:611 BW (goed werkgever- en werknemerschap) heeft gegeven in onder andere het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman* en later in het arrest *Stoof/Mammoet*,³ ten derde artikel 6:248 lid 2 BW (de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid), ten vierde artikel 6:248 lid 1 BW (de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid), en tot slot artikel 6:258 BW (de ontbinding door de rechter wegens onvoorziene omstandigheden).

Op het moment dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden eenzijdig wil wijzigen (dus zonder instemming van de werknemer), voorziet de wet in de mogelijkheid daartoe indien een wijzigingsbeding schriftelijk is overeengekomen in de desbetreffende overeenkomst (art. 7:613 BW).

3.1.2.1 Het eenzijdige-wijzigingsbeding

Het eenzijdige-wijzigingsbeding wordt schriftelijk overeengekomen tussen werkgever en werknemer en is vaak in de arbeidsovereenkomst opgenomen. Echter, artikel 7:613 BW stelt niet de eis dat, wil sprake zijn van een wijzigingsbeding als bedoeld in dit artikel, dit beding ook nog moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst.⁴ Dit eenzijdige-wijzigingsbeding geeft de werkgever de bevoegdheid de in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen. Op het moment dat een werkgever zich beroept op een schriftelijk beding zoals bedoeld in artikel 7:613 BW heeft de werknemer door het tekenen van dat beding op voorhand al instemming met de wijziging van de arbeidsvoorwaarden gegeven. Afgezien van de mogelijkheid van een tweezijdige wijziging door aanbod en aanvaarding, is de andere manier van wijziging de norm van de redelijkheid en billijkheid. De wetgever heeft strikte randvoorwaarden aan het gebruik van het eenzijdige-wijzigingsbeding gesteld. Gevolg van dit beding is dat de werknemer die het beding is overeengekomen geen individuele instemming hoeft te verlenen voor het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden. Om die reden dient er dan ook sprake te zijn van een zodanig zwaarwichtig belang voor de werkgever dat het belang van de werknemer bij de eenzijdige wijziging in redelijkheid en billijkheid daarvoor moet wijken.

3.1.2.2 Geen wijzigingsbeding

In sommige situaties is er geen eenzijdige-wijzigingsbeding, al dan niet in een arbeidsovereenkomst, opgenomen. Kan de werkgever dan ook komen tot het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden? Artikel 7:613 BW is dan niet van toepassing. De Hoge Raad beoordeelt de eenzijdige wijziging dan op basis

3 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, NJ 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

4 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, JAR 2011/108 (*Monsieurs c.s./Wegener*). Zie ook hoofdstuk 1 van dit boek voor uitvoerige bespreking van *Monsieurs c.s./Wegener*.

van goed werkgever- en werknemerschap ex artikel 7:611 BW. In dit artikel is opgenomen dat de werkgever en werknemer zich als goed werkgever c.q. goed werknemer behoren te gedragen. De toets voor wijziging op grond van goed werkgever- en werknemerschap komt voort uit de jurisprudentie.⁵ Bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding is de werknemer in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, met inachtneming van de verplichting uit artikel 7:611 BW.

In de arresten *Van der Lely/Taxi Hofman* en later in *Stoof/Mammoet* is bepaald dat een goed werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Dat wordt niet anders als het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen. Indien hiervan sprake is, wordt een goed werknemer dus geacht in te stemmen met een voorgestelde wijziging. De Hoge Raad heeft ook aangegeven dat artikel 7:613 BW ‘veeleer’ betrekking heeft op wijzigingsvoorstellen die niet slechts voor één werknemer gelden, maar voor meerdere werknemers.

3.1.2.3 Wijzigen van vervoersregelingen

Het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden is voor een werkgever een lastige opgave en soms haast onmogelijk. Zeker bij primaire arbeidsvoorwaarden is wilsovereenstemming met de werknemer vaak de enige oplossing. Bij secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden (zoals vervoersregelingen) wordt eenzijdige wijziging soms toegestaan, maar ook alleen indien de schade van de werknemer minimaal is. De kans van slagen bij het eenzijdig wijzigen van secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden wordt groter indien een eenzijdige-wijzigingsbeding is opgenomen ex artikel 7:613 BW en/of een overgangsregeling aangeboden wordt. Uiteraard zal de werkgever bij de wijziging wel altijd een zodanig zwaarwichtig belang moeten hebben dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.⁶

In paragraaf 3.1 wordt een aantal uitspraken van (kanton)rechters uiteengezet waarbij het gaat om de bedrijfsauto, de leaseautoregelingen en de reiskostenregelingen voor het woon-werkverkeer. Deze vervoersregelingen, die geen op artikel 27 WOR gegronde instemming voor de ondernemingsraad vormen, komen met enige regelmaat in de jurisprudentie aan de orde. Bij vervoersregelingen speelt regelmatig de vraag of er sprake is van een arbeidsvoorwaarde en dus ook of artikel 7:613 BW en het zwaarwichtig belang aan de orde zijn. Bij vervoersregelingen zit er vaak een element van verkapt loon in. Dit speelt bijvoorbeeld wanneer een werknemer een leaseauto tot zijn beschikking krijgt bij

5 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, NJ 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

6 Zie ook I. Zaal, Het kansspel van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, *ArbeidsRecht* 2020/23; D.J.B. de Wolff, De betekenis van redelijkheid en billijkheid bij wijziging van arbeidsvoorwaarden, *ArbeidsRecht* 2008/41.

indiensttreding, terwijl voor het uitoefenen van de functie geen leaseauto is vereist. Regelmatig komt voor dat een zakelijke leaseauto ook voor privédoeleinden door de werknemer kan worden gebruikt.

Om te ontdekken of er een bepaalde lijn in de uitspraken van (kanton)rechters zit, zal rechtspraak aan de orde komen die vanaf 2008 over bedrijfsauto's, leaseautoregelingen en reiskostenregelingen voor woon-werkverkeer is gepubliceerd. Daarna zal een conclusie volgen met betrekking tot de vervoersregelingen.

Voorals het onderwerp leaseauto kent veel jurisprudentie. Zo veel mogelijk is getracht een logische volgorde (Is het een arbeidsvoorwaarde? Is er een zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW? Is er bij de toepassing van *Stoof/Mammoet* een gerechtvaardigde aanleiding?) aan te houden bij de bespreking daarvan. Maar zoals ook bij de andere arbeidsvoorwaarden als loon, arbeidsduur en functie bepaalde leerstukken als opgewekte verwachtingen (art. 3:35 BW), uitleg van een bepaling (*Haviltex*-norm of *cao*-norm) en de toepassing van het arrest *Pont-Meyer* over toezegging een rol kunnen spelen, is dat ook bij vervoersregelingen het geval. Zo gaat paragraaf 3.1.4.1 over de uitleg, paragraaf 3.1.4.9 over opgewekt vertrouwen en paragraaf 3.1.4.13 en 3.1.4.14 over het arrest *PontMeyer*. Daarbij kennen de vervoersregelingen af en toe ook heel specifieke problemen, zoals de opneming van een arbeidsvoorwaarde in de berijdersovereenkomst (par. 3.1.4.2). Rode draad in het geheel blijft evenwel of, wanneer er geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW is gesloten (en dat is nogal eens het geval), de toepassing van het arrest *Stoof/Mammoet* in het voordeel van de werkgever of de werknemer uitvalt (par. 3.1.4.4 tot en met 3.1.4.7, 3.1.5, 3.1.5.1 en 3.1.5.3).

3.1.3 Bedrijfsauto

In artikel 27 WOR is de bedrijfsauto niet opgenomen als onderwerp waarbij de ondernemer instemming van de ondernemingsraad dient te vragen op het moment dat deze regeling gewijzigd wordt.

3.1.3.1 *Bedrijfsauto is een arbeidsvoorwaarde*

Het gedurende vele jaren verstrekken van een bedrijfsauto moet worden beschouwd als een arbeidsvoorwaarde.

In de navolgende uitspraak⁷ is werknemer sinds 1982 in dienst van de werkgever. Bij indiensttreding werd een bedrijfsauto ter beschikking gesteld. In 2007 wordt de autoregeling niet meer voortgezet. Werknemer vordert dat de werkgever de autoregeling moet blijven toepassen. De kantonrechter oordeelt dat wel sprake is van een arbeidsvoorwaarde en motiveert dit standpunt door erop te wijzen dat hoewel voor de werkgever de bedrijfsauto is gekoppeld aan de oorspronkelijke functie van werknemer, dit er niet aan in de weg staat dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst anders is geworden door de invulling die partijen daar in de praktijk de afgelopen jaren aan hebben gegeven. Van belang is dat werknemer gedurende vele jaren vanaf indiensttreding de bedrijfsauto tot zijn beschikking

7 Rb. Haarlem 19 november 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG6279.

had. Het was werknemer in die periode toegestaan die auto ook voor privédoel-einden te gebruiken, er vond fiscale bijtelling plaats, er werd gedurende lange tijd maandelijks een bijdrage ingehouden op het loon van werknemer, naast de reguliere indexerings van zijn salaris heeft werknemer nimmer salarisverhogingen ontvangen, en bij een eerdere functiewijziging heeft werknemer de bedrijfsauto mogen behouden.

Vervolgens dient de kantonrechter te beoordelen of het/een van de voorstel(len) van werkgever kan worden aangemerkt als een redelijk voorstel dat werknemer niet had mogen weigeren. De kantonrechter moet daarom eerst beoordelen of werkgever 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. Vervolgens dient de kantonrechter, bij een positief antwoord op de vorige vraag, te beoordelen of aanvaarding van het door werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van werknemer gevergd kan worden.⁸ De kantonrechter is van oordeel dat in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd een van de voorstellen van de werkgever te aanvaarden. Voor werknemer zijn de voorstellen een financiële aderlating, waartegenover geen financiële tegemoetkoming is gesteld. Tevens is van doorslaggevende betekenis dat de functiewijziging plaatsvond ten gevolge van de sluiting van het kantoor, waardoor de werknemer een 'binnenfunctie' kreeg. Nu de kantonrechter het voorstel al niet redelijk acht, hoeft hij niet verder in te gaan op de vraag of van werknemer in redelijkheid gevergd kan worden het voorstel te aanvaarden.

3.1.3.2 Slecht werknemerschap door niet in te gaan op redelijk voorstel werkgever

In sommige omstandigheden dien je als werknemer in te gaan op het redelijke voorstel van de werkgever die wegens slechte bedrijfseconomische omstandigheden de 'auto van de zaak', die de werknemer door functiewijziging voor zijn werk niet meer nodig heeft, invordert. In de navolgende uitspraak⁹ is sprake van slecht werknemerschap omdat werknemer niet ingaat op het redelijke voorstel van de werkgever.

Werknemer is sinds 1998 in dienst van de werkgever. De arbeidsovereenkomst bevat geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW. Dat brengt in beginsel mee dat de arbeidsovereenkomst door werkgever niet eenzijdig kan worden gewijzigd, en dat hij daar dus de instemming van werknemer voor nodig heeft.

In beginsel, omdat werkgever en werknemer op grond van artikel 7:611 BW verplicht zijn zich tegenover elkaar als een goed werkgever, respectievelijk goed werknemer, te gedragen. En dat brengt, waar het de werknemer aangaat, weer mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief hoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer de aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.¹⁰ Is sprake van gewij-

8 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet).

9 Rb. Arnhem 15 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN1498.

10 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, NJ 1998/767 (Van der Lely/Taxi Hofman) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet).

zigde omstandigheden op het werk? De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden op het werk wegens zorgelijke bedrijfseconomische omstandigheden bij de werkgever.

Werknemer geeft aan dat het gebruik van de bedrijfsauto hem bij de aanvang van de arbeidsovereenkomst is aangeboden om hem ertoe te bewegen bij werkgever te komen werken. Die auto vormt volgens hem een compensatie voor de reistijd en -afstand en is nooit functiegerelateerd geweest. Toen het gebruik van de bedrijfsauto voor de uitoefening van werknemers functie niet meer nodig was, kon werkgever in de gewijzigde bedrijfseconomische omstandigheden aanleiding zien een nieuwe afweging te maken.

Die afweging is aldus uitgevallen dat aan de werknemer een financiële compensatie is aangeboden voor het inleveren van de bedrijfsauto. Op het moment dat de compensatie onvoldoende bleek te zijn, was de werkgever bereid aanvullende compensatie te verstrekken, zo nodig een overgangsregeling te treffen of de mogelijkheid van financiële hulp te bieden bij overname van de bedrijfsauto. Er is sprake van een redelijk voorstel, waarop een positieve reactie van werknemer past. Nu werknemer dat niet heeft gedaan, is sprake van slecht werknemerschap.

3.1.3.3 Overgang van onderneming

Bij overgang van onderneming ingevolge artikel 7:662 BW blijven voor een werknemer de arbeidsvoorwaarden in beginsel gelijk. De verkrijger moet dus bij overgang van onderneming de procedure van artikel 7:613 BW doorlopen, of, als geen eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen, artikel 7:611 BW. Het eenzijdige-wijzigingsbeding van de vervreemder kan over worden gedragen op de verkrijger bij een overgang van onderneming.¹¹ In de volgende uitspraak¹² is sprake van een overgang van onderneming waarbij de werknemer uiteindelijk zijn dienstauto moet inleveren.

Werknemer is sinds 1968 in dienst bij de rechtsvoorgangster van het UWV als opleidingsdeskundige. Die functie gaf werknemer recht op een bedrijfsauto voor zowel zakelijk als privégebruik. In 2002 is de rechtsvoorgangster samen met andere organisaties opgegaan in het UWV. Hiervoor is een sociaal plan met cao-status vastgesteld. Werknemer is gebonden aan deze cao. In het sociaal plan is een overgangsregeling met betrekking tot bedrijfsauto's opgenomen. Werknemer moet zijn bedrijfsauto inleveren conform deze regeling. Werknemer voert aan dat het 'verlies' van zijn bedrijfsauto het gevolg is van een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, die getoetst moet worden aan artikel 7:613 BW. Het gerechtshof Amsterdam oordeelt dat het verlies van de dienstauto het gevolg is van de toepassing van het sociaal plan en niet van een eenzijdige wijziging van de dienstautoregeling door het UWV. Er is geen sprake van een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en er bestaat daarom geen grond voor toetsing aan artikel 7:613 BW. Het verlies van de bedrijfsauto is volgens het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar en evenmin

11 Hof Amsterdam 27 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW5151, JAR 2012/126.

12 HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9784, JAR 2010/256, zie ook conclusie A-G Verkede.

strijdig met goed werkgeverschap. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO).

3.1.3.4 Afbouwregeling

In de navolgende uitspraak¹³ moet de werknemer zijn bedrijfsauto inleveren, maar mocht niet tevens van hem gevergd worden om in te stemmen met de afbouwregeling.

Werknemer is sinds 1998 in dienst bij werkgever en heeft vanaf het begin een bedrijfsauto voor woon-werkverkeer ter beschikking gesteld gekregen. Werknemer mag de bedrijfsauto niet privé gebruiken en deze heeft zich daaraan gehouden. In 2010 heeft werkgever een nieuw vervoersbeleid vastgesteld. Werknemer moet zijn bedrijfsauto inleveren en krijgt een compensatieregeling aangeboden die in drie jaren wordt afgebouwd naar een reiskostenvergoeding op basis van het maximum van de cao. De arbeidsovereenkomst bevat geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW. Aan de hand van artikel 7:611 BW en *Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet* wordt gekeken of de arbeidsovereenkomst eenzijdig gewijzigd mag worden. De kantonrechter oordeelt dat de noodzaak van kostenbesparing voldoende aanleiding is tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Een gelijke behandeling met andere werknemers is hiervoor geen reden, aangezien de werknemer altijd al uitzonderlijke arbeidsvoorwaarden heeft gehad vanwege de schaarste van ICT-personeel des tijds. Het is redelijk dat de werknemer (met afwijkende goede arbeidsvoorwaarden) de bedrijfsauto voor woon-werkverkeer moet inleveren met compensatie voor zijn reiskosten. Het afbouwen van de reiskostenvergoeding tot cao-niveau is voor de werknemer niet redelijk. Daarnaast is een extra maandelijks offer van zijn reiskostenvergoeding ook niet redelijk. Het is niet redelijk dat de werknemer veel meer dan andere werknemers moet inleveren op zijn arbeidsvoorwaarden.

3.1.4 Leaseautoregeling

Werkgevers stellen vaak hun werknemers een leaseauto ter beschikking, al dan niet vanaf het moment dat de werknemer in dienst treedt. Werkgevers kunnen maar lastig onder de leaseautoregeling uit komen. Hoe komt dat? Uit een reeks gepubliceerde uitspraken over de wens van de werkgever tot terugname van de leaseauto blijkt dat het belang van de werknemer bij het behoud van de leaseauto vaak zwaarder weegt dan dat van de werkgever bij inname van de leaseauto. Ongeacht de aard van de wijziging van de arbeidsvoorwaarde (individuele of collectieve leaseautoregeling), die al dan niet in de arbeidsovereenkomst was geïncorporeerd, en ongeacht de toetsingsmaatstaf (art. 6:248, 6:258, 7:613 en/of 7:611 BW) zijn de meeste rechters van oordeel dat een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde (wijziging in de afspraken over de leaseauto) door de werkgever niet is toegestaan.

Redenen van werknemers die zich tegen inname van de leaseauto verzetten en waar de rechters in mee zijn gaan, zijn onder meer (maar niet uitsluitend) het bij indienstreding spreken over het ter beschikking stellen van een lease-

13 Rb. Zeeland-West-Brabant 18 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:3389.

auto, het gebrek van de werkgever aan een financiële noodzaak tot het innemen van de leaseauto en het niet bieden van (een ontoereikende) compensatie voor het inleveren van de leaseauto zowel in duur als in financiële zin. Het langdurig geen beroep doen op de bevoegdheid de leaseauto terug te nemen, waarmee een gerechtvaardigd vertrouwen gewekt wordt bij de werknemer dat de leaseauto tot de arbeidsvoorwaarden is gaan behoren, zorgt dat de werknemer op grond daarvan recht heeft op het behoud van een leaseauto.

De wens van de werkgever tot harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden na een reorganisatie, fusie, overname of overgang van onderneming rechtvaardigt in de meeste gevallen geen eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde, zoals de leaseauto veelal wordt gekwalificeerd als de werknemer deze ook privé mag gebruiken (vaak met betaling van een al dan niet kostendekkende eigen bijdrage).

Op het moment dat de (centrale) ondernemingsraad instemt met het voorstel van de werkgever om de arbeidsvoorwaarde, met betrekking tot de leaseauto-regeling, te wijzigen of in te trekken, kan de werkgever in sommige gevallen wel weer op instemming van de rechter rekenen.

Hierna worden de uitspraken vanaf 2008 die betrekking hebben op het eenzijdig wijzigen of intrekken van de arbeidsvoorwaarde, met betrekking tot de leaseauto-regeling, kort uiteengezet en besproken.

3.1.4.1 Uitleg contractsbepaling

Voor partijen kan het soms onduidelijk zijn hoe een contractsbepaling moet worden uitgelegd. In de volgende uitspraak¹⁴ gaat het om de uitleg van een artikel in het leaseautoreglement, dat volgens de cao-norm dient te worden uitgelegd.

De arbeidsovereenkomst is tussen partijen geëindigd op 30 november 2004. Op 31 augustus 2004 heeft werknemer een leaseauto besteld. Het bestelformulier vermeldt dat het 'huidige leasereglement' (bijlage bij het personeelsreglement) van toepassing is. In de aanstellingsbrief van werknemer is vermeld dat het personeelsreglement deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. Werkgever vordert op basis van artikel 7 van het leasereglement zes keer de maandelijkse huurprijs. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen op grond van uitleg van artikel 7 van het leasereglement. Het gerechtshof Arnhem beoordeelt als eerste het verweer van werknemer, die aangeeft dat werkgever geen rechten kan ontleen aan het leasereglement 2004, dat het de werkgever niet vrijstaat eenzijdig de voorwaarden te wijzigen, en dat het leasereglement 2004 hem niet ter hand zou zijn gesteld bij ondertekening van het bestelformulier. Het hof overweegt dat het de werkgever in beginsel niet vrijstaat de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Is werknemer bij het ondertekenen van het bestelformulier in de gelegenheid gesteld om kennis te nemen van het leasereglement 2004? Vast staat dat werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst het leasereglement 2000 heeft ontvangen, alsmede dat artikel 7 niet is gewijzigd in de jaren, behalve dat de termijn van vergoeding van vier naar zes maanden is verlengd.

14 Hof Arnhem 29 januari 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC3200, JAR 2008/53.

Bij de uitleg van deze contractsbepaling komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.¹⁵

3.1.4.2 *Arbeidsvoorwaarde niet in arbeidsovereenkomst, maar in berijdersovereenkomst*
Kan het beschikken over een leaseauto ook worden aangemerkt als arbeidsvoorwaarde als deze niet is opgenomen in een arbeidsovereenkomst, maar wel in een tussen partijen gesloten berijdersovereenkomst in combinatie met de daarin van toepassing verklaarde leaseautoregeling? Deze vraag wordt bevestigend beantwoord in de navolgende uitspraak.¹⁶

De werknemers zijn allen in dienst van Rabobank UHR. De werkgever heeft leaseauto's aan hen ter beschikking gesteld. Tussen werkgever en ieder van hen is een berijdersovereenkomst gesloten met de daarin van toepassing verklaarde leaseautoregeling. Rabobank UHR heeft in 2010 kenbaar gemaakt aan de werknemers dat (na een overgangsregeling) het gebruik en de toekenning van leaseauto's worden gewijzigd en dat zij niet meer in aanmerking komen voor een leaseauto. De werknemers voeren aan dat zij recht hebben op het gebruik van hun leaseauto, omdat er sprake is van een arbeidsvoorwaarde.

De kantonrechter oordeelt dat het beschikken over een leaseauto als arbeidsvoorwaarde kan worden aangemerkt, ook als deze niet is opgenomen in de arbeidsovereenkomst en aan de eisen van artikel 7:613 BW is voldaan.¹⁷ Een arbeidsvoorwaarde kan ook mondeling worden toegekend, feitelijk ontstaan door een gegroeide situatie of worden vastgelegd in een ander document dan de aanstellingsbrief of arbeidsovereenkomst. Het feit dat werknemers reeds gedurende hun gehele, veelal langdurige dienstverband bij werkgever de beschikking hebben gehad over een leaseauto die zij ook in privé konden gebruiken, brengt naar het oordeel van de kantonrechter met zich dat het beschikken over een leaseauto deel is gaan uitmaken van hun arbeidsvoorwaarden.

De volgende vraag is: mocht de werkgever de arbeidsvoorwaarde eenzijdig wijzigen ingevolge artikel 7:613 BW? Heeft de werkgever zwaarwichtige belangen? Als belangen heeft werkgever genoemd (1) harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden na de fusie en (2) aansluiting zoeken bij de landelijke leaseautoregeling. Deze twee belangen zijn (anders dan bijvoorbeeld een dringende financiële noodzaak) niet zodanig zwaarwichtig in de zin van artikel 7:613 BW dat de belangen van de werknemers, die sinds jaar en dag gewend zijn aan de substantiële arbeidsvoorwaarde van een ook privé beschikbare leaseauto, daarvoor moeten wijken. Ten slotte oordeelt de kantonrechter dat de ondernemingsraad heeft aangegeven niet achter het voorstel te staan. Dit kan worden gezien als een extra indicatie dat geen sprake is van zwaarwichtige belangen aan de zijde van de werkgever. In het midden kan blijven of de ondernemingsraad op dit punt al dan niet een instemmings- of adviesrecht heeft.

15 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493.

16 Rb. Utrecht 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3038.

17 Verwezen wordt naar HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, JAR 2011/108 (Monsieurs c.s./Wegener) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet).

3.1.4.3 *Privégebruik van leaseauto is arbeidsvoorwaarde met beloningscomponent*

Op het moment dat de werknemer de leaseauto ook privé, met betaling van een eigen bijdrage, mag gebruiken, wordt dit aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde met een beloningscomponent, en daarmee is het te beschouwen als loon (in natura) van de werknemer. In de navolgende uitspraak¹⁸ is dit aan de orde.

Werkneemster is sinds 2006 in dienst bij FM Advies. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat een leaseauto (privégebruik is toegestaan) aan haar ter beschikking wordt gesteld. De arbeidsovereenkomst wordt in maart 2011 ontbonden door de kantonrechter. Werkgever heeft in november 2010 werkneemster verzocht om de leaseauto in te leveren. Werkneemster heeft hier onder protest aan voldaan. Tevens heeft werkgever in december 2010 per mail gericht aan alle medewerkers aangegeven dat zij geen dertiende maand krijgen. Werkneemster vordert nakoming van de arbeidsvoorwaarden. De kantonrechter wijst dit verzoek toe. De kantonrechter oordeelt dat het privégebruik van de leaseauto is aan te merken als een arbeidsvoorwaarde met een beloningscomponent en daarmee is te beschouwen als loon (in natura), en dat er vooralsnog, ook al is de huidige financiële situatie van werkgever niet rooskleurig, onvoldoende zwaarwichtige (bedrijfseconomische) redenen zijn om de leaseauto in te vorderen.

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt als eerste dat het ter beschikking stellen van een leaseauto is aan te merken als een arbeidsvoorwaarde met een beloningscomponent en daarmee is te beschouwen als overeengekomen loon (in natura). Immers, in de betreffende leaseautoregeling is privégebruik toegestaan, terwijl de daarmee samenhangende kosten (in het binnenland) voor rekening van werkgever zijn. Werkneemster betaalt voor het privégebruik weliswaar een eigen bijdrage, maar die heeft geen kostendekkend karakter. De leaseautoregeling is een regeling die van toepassing is voor medewerkers die naar het oordeel van werkgever voor de uitoefening van hun functie een bedrijfsauto nodig hebben, teneinde hun werkzaamheden naar behoren te verrichten. Het betreft hierbij de functies van junior adviseur, adviseur en senior adviseur. Aanspraak op een leaseauto is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst. Zowel in de arbeidsovereenkomst als in de leaseautoregeling staat een wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW. Werkgever doet een beroep hierop op grond van slechte bedrijfseconomische omstandigheden. Naar het oordeel van het hof is uit het oogpunt van goede bedrijfsvoering begrijpelijk en niet onredelijk dat de werkgever tot het besluit is gekomen tot intrekking van de leaseautoregeling. Niettemin heeft de werkgever onvoldoende laten meewegen dat het privégebruik van de leaseauto een beloningscomponent vormde. Dit speelt een rol in de belangenafweging, omdat het niet (kunnen) verrichten van arbeid, gezien de daaraan ten grondslag liggende oorzaak, nu eenmaal voor risico van werkgever dient te komen. Door voor het verlies van die beloningscomponent geen enkele compensatie te bieden, bijvoorbeeld in de vorm van een redelijke vergoeding per maand, eventueel met een afbouwend karakter, kan niet worden gezegd dat het belang van werkgever bij afschaffing van de regeling zodanig zwaarwichtig is dat daarvoor het belang van de werknemer (het privégebruik van de auto, dat immers door deze wijzi-

¹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0736.

ging wordt weggenomen) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken.

Gegeven de verplichting voor werkgever om de leasekostenregeling jegens werkneemster te handhaven, is het vervolgens de vraag of, nu werkgever dat heeft nagelaten, werkneemster aanspraak kan maken op een schadevergoeding. Die vraag dient bevestigend te worden beantwoord. Werkneemster heeft immers het privégebruik van de leaseauto moeten missen, terwijl zij daar op grond van de arbeidsovereenkomst wel aanspraak op had. De hoogte van het gevorderde bedrag aan schadevergoeding, dat gerelateerd is aan de fiscale bijtelling, wordt toegewezen. Artikel 7:625 BW is niet van toepassing; het gaat hier niet om loon, maar om een schadevergoeding.

3.1.4.4 Reorganisatie, fusie en overgang van onderneming

Hoe zit het op het moment dat er sprake is van een reorganisatie, fusie of overgang van onderneming en de werknemer aanspraak wil blijven behouden op zijn 'oude' arbeidsvoorwaarden?

Reorganisatie

In de navolgende uitspraak¹⁹ krijgt een werknemer na een reorganisatie een nieuwe functie. Na anderhalf jaar in zijn nieuwe functie te hebben gewerkt, vordert de werknemer tewerkstelling in zijn oude functie en handhaving van zijn oude arbeidsvoorwaarden voor wat betreft de leaseauto. Is dit mogelijk?

De werknemer is sinds 1988 in dienst bij de werkgever. Ten gevolge van een nieuwe organisatiestructuur is zijn functie opgedeeld in drie nieuwe functies. Per 2007 is werknemer begonnen in een nieuwe functie. De werknemer vordert het weer te werk stellen in zijn oude functie met behoud van zijn arbeidsvoorwaarden. De kantonrechter oordeelt dat werknemer de nieuwe functie ondubbelzinnig heeft aanvaard. Ten aanzien van het handhaven van zijn oude arbeidsvoorwaarden geldt dat het verlies van de leaseauto voortvloeit uit het verkrijgen van een andere functie. Niettemin kan sprake zijn van verlies van een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:613 BW en dus moet getoetst worden of de werkgever een zwaarwichtig belang heeft, waarvoor het belang van de werknemer zal moeten wijken. De kantonrechter oordeelt dat dit het geval is. Niet vanwege de wens van de werkgever om de arbeidsvoorwaarden te harmoniseren en de wens tot gelijke behandeling (die beide een onvoldoende zwaarwichtig belang vormen), maar wel vanwege het feit dat werkgever inziet dat de arbeidsvoorwaarde zo belangrijk is dat een afbouwregeling wordt aangeboden tot 2011. Tevens is er een werkgroep opgericht waarin werknemers van de ondernemingsraad en sociale partners vertegenwoordigd waren, die zich heeft gebogen over de wijziging van de arbeidsvoorwaarden en geen overwegende bezwaren had tegen de wijziging van deze arbeidsvoorwaarde. De kantonrechter past de afbouwregeling wel gedeeltelijk aan en wijzigt de regeling op onderdelen.

19 Rb. Utrecht 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BE0070, JAR 2008/261.

Ook in de volgende uitspraak²⁰ is sprake van een reorganisatie en doet zich dezelfde vraag voor: kan de werknemer na een reorganisatie nog aanspraak maken op rechten en voorwaarden uit zijn vorige (vervallen) functie? Deze vraag wordt ontkennend beantwoord.

Werknemer is sinds 1986 in dienst bij werkgever. Werknemer had naast een leaseauto een financiële maandelijkse compensatie die gekoppeld was aan zijn leaseauto. In 2016 is er een reorganisatie en is een sociaal plan opgesteld. Werknemer heeft herplaatsing in een andere functie aanvaard. Het gebruik van een leaseauto komt hiermee te vervallen. Werknemer vordert dat werkgever niet gerechtigd was eenzijdig de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De vraag is welke arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn op de functie die werknemer sinds 1 januari 2017 bij werkgever vervult. De kantonrechter oordeelt dat werknemer herplaatsing in een andere functie heeft aanvaard en met de bijbehorende werkzaamheden ook daadwerkelijk is begonnen per 1 januari 2017. Waar hij zich niet bij wenst neer te leggen, is dat deze gang van zaken ook gevolgen heeft voor zijn arbeidsvoorwaarden. Werknemer miskent daarmee echter dat aanvaarding van de hem aangeboden nieuwe functie in beginsel tevens aanvaarding van de bij deze functie behorende arbeidsvoorwaarden omvat. Van een door de werkgever geïnitieerde eenzijdige wijziging als bedoeld in *Stooff/Mammoet* is hier geen sprake. Daarmee hoeft niet te worden beoordeeld of de werkgever aanleiding had tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, of het voorstel redelijk is, en of aanvaarding ervan in redelijkheid van werknemer kan worden verlangd. Van een situatie als bedoeld in artikel 7:613 BW is evenmin sprake, zodat in het midden kan blijven of op de arbeidsverhouding tussen partijen een schriftelijk wijzigingsbeding van toepassing is. In beginsel heeft te gelden dat werknemer met de plaatsing in de nieuwe functie rechtstreekse aanspraken op de aan zijn vorige – vervallen – functie verbonden voorwaarden en rechten is verloren, behoudens voor zover uit afspraken tussen partijen of uit artikel 7:611 BW iets anders voortvloeit. Werknemer heeft in zijn huidige functie dus geen recht op de leaseauto en de bijbehorende maandelijkse toelage. Dat neemt niet weg dat het verlies van de leaseauto en de toelage een aanzienlijke impact heeft op de financiële positie van de werknemer. De kantonrechter komt dan ook tot het oordeel dat het op de weg van de werkgever lag om als goed werkgever enige coulantie te betrachten in de vorm van een in acht te nemen overgangperiode dan wel een financiële compensatie ter verzachting van de financiële gevolgen van de inname van de leaseauto en het beëindigen van de toelage.

Fusie

In de navolgende uitspraak²¹ is er sprake van een fusie. Het gerechtshof Arnhem oordeelt dat werkgever een zwaarwichtig belang ex artikel 7:613 BW heeft om eenzijdig de leaseautoregeling te wijzigen wegens noodzakelijke bezuinigingen.

Werknemer is sinds 1992 in dienst van de rechtsvoorganger van Cadans in de functie van arbeidsdeskundige. Een van de arbeidsvoorwaarden was een

20 Rb. Midden-Nederland 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6796.

21 Hof Arnhem 8 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL1049.

leaseautoregeling. In 2002 is Cadans middels een fusie opgegaan in het UWV. Ook het UWV kent een leaseautoregeling. In de Dienstaautoregeling UWV is een eenzijdige-wijzigingsbeding opgenomen. Bij brief in 2004 wordt meegedeeld dat vanwege het ontbreken van functionaliteit alleen nog leaseauto's aan medewerkers van de buitendienst ter beschikking worden gesteld. Met inachtneming van een overgangsregeling dient werknemer per 2007 zijn leaseauto in te leveren. De werknemer voert aan dat hij voor de duur van zijn arbeidsovereenkomst gebruik kan blijven maken van zijn leaseauto. De kantonrechter wijst de vordering af. De eerste vraag is of het eenzijdige-wijzigingsbeding deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en het UWV?

Het gerechtshof Arnhem oordeelt dat bij de fusie een sociaal plan in de vorm van een cao tot stand gekomen is, die ook voor de werknemer geldt. Op basis van deze cao, dus met instemming van de vakbonden, mocht het UWV naar eigen inzicht (met inachtneming van de overgangsregeling) een nieuwe leaseautoregeling opstellen. De werknemer is aan de Dienstaautoregeling UWV met daarin het eenzijdige-wijzigingsbeding gebonden. Getoetst moet worden of het UWV een zwaarwichtig belang heeft ex artikel 7:613 BW. Het belang van het UWV bestaat uit de noodzaak om grootschalige besparingsmaatregelen door te voeren, opgelegd door de overheid. Het belang van de werknemer is dat de leaseautoregeling gedeeltelijk verkapt loon is, aangezien hij de leaseauto ook privé mocht gebruiken. Het hof oordeelt voorts dat werknemer er niet van mocht uitgaan dat hij gedurende zijn gehele dienstverband aanspraak zou kunnen blijven maken op een leaseauto. Het eenzijdige-wijzigingsbeding is immers opgenomen om voor de toekomst de mogelijkheid open te laten eenzijdig wijzigingen door te voeren in deze collectief geldende arbeidsvoorwaarde.

Het gerechtshof Arnhem is van oordeel dat het UWV een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij het wijzigen van de leaseautoregeling dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het UWV heeft een ruime overgangsmaatregel voor zijn werknemers getroffen en aan zijn werknemers de mogelijkheid aangeboden om de leaseauto tegen een renteloze lening over te nemen, hetgeen gewicht ontnemt aan het argument van de werknemer dat zijn belang wordt geschaad. Daarbij komt gewicht toe aan het oordeel van de arbiters ten aanzien van dezelfde kwestie, aangezien een aantal vakverenigingen van werknemers heeft ingestemd met deze wijze van geschillenbeslechting en zich bij de uitkomst van dit arbitraal vonnis heeft neergelegd.

Ook in de volgende uitspraak²² is er sprake van een fusie. Na een fusie wijzigt de werkgever eenzijdig de leaseautoregeling. De kantonrechter oordeelt dat Rabobank geen zwaarwichtig belang heeft om de arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen, ondanks dat er een overgangsregeling is voor de huidige leaserijders.

In 2016 was er een fusie tot één grote Rabobank. Alle werknemers van lokale Rabobanken zijn toen in dienst getreden van Rabobank. In de arbeidsovereenkomst van een aantal werknemers is een wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW opgenomen. De werknemers hebben een leaseauto toegekend gekregen, ook

22 Rb. Amsterdam 18 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8240.

voor privégebruik. De lokale banken hanteerden een verschillend beleid ten aanzien van het toekennen van een leaseauto. De ondernemingsraad heeft ingestemd met het toepassen van de Autoleaseregeling vanaf 1 januari 2018 met een overgangsregeling voor huidige leaserijders. Rabobank heeft de werknemers geïnformeerd dat zij hun leaseauto moeten inleveren, omdat zij niet voldoen aan de voorwaarden. Werknemers hebben hier niet mee ingestemd. De kantonrechter beantwoordt als eerste de vraag of sprake is van een arbeidsvoorwaarde.

De Hoge Raad heeft in 2018 in de uitspraak *FNV/PontMeyer*²³ geoordeeld dat het bij de beantwoording van de vraag of tussen werkgever en werknemer een arbeidsvoorwaarde is ontstaan, aankomt op de zin die partijen aan elkaars gedragingen (en daarmee in verband staande verklaringen) hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. Een arbeidsvoorwaarde kan ook mondeling worden toegekend, feitelijk ontstaan door een gegroeide situatie of worden vastgelegd in een ander document dan de arbeidsovereenkomst. Het argument van werkgever dat het toekennen van de leaseauto niet in iedere arbeidsovereenkomst is opgenomen, is dus niet van belang. Voor alle werknemers geldt dat zij gedurende hun – meestal – langdurige dienstverband bij werkgever de beschikking hebben gehad over een leaseauto, die zij ook privé (met bijtelling en eigen bijdrage) konden gebruiken. Het financiële belang van de werknemers bij een leaseauto was groot, omdat zij niet zelf een auto hoefden aan te schaffen en te onderhouden. Het gebruik van de auto was niet afhankelijk gesteld van de hoeveelheid gereden zakelijke kilometers, en stond wat dat betreft los van het uitoefenen van de functie. Dat brengt mee dat het beschikken over een leaseauto – in lijn met de vaste jurisprudentie op dit punt – als een arbeidsvoorwaarde moet worden aangemerkt. Dit wordt ook bevestigd door de feitelijke gang van zaken bij het aflopen van een leasetermijn: werknemers kregen zonder nadere vragen over het zakelijke gebruik opnieuw een leaseauto toegekend. Of het hier gaat om een primaire of een secundaire arbeidsvoorwaarde kan in het midden blijven.

Nu blijkt dat er sprake is van een arbeidsvoorwaarde, is de tweede vraag: wanneer mag een arbeidsvoorwaarde worden gewijzigd? De kantonrechter staat eerst stil bij de voorwaarden wanneer een arbeidsvoorwaarde eenzijdig gewijzigd mag worden. Een werkgever mag daartoe overgaan als partijen een wijzigingsbeding zijn overeengekomen en zich de situatie van artikel 7:613 BW voordeet. In dat artikel is bepaald dat de werkgever slechts een beroep kan doen op een wijzigingsbeding als hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat daardoor zou worden geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarvoor moet wijken. Overigens kan een wijzigingsbeding niet alleen in een arbeidsovereenkomst, maar ook in bijvoorbeeld een rijdersovereenkomst zijn opgenomen. Als geen wijzigingsbeding is overeengekomen, dient een werknemer onder omstandigheden toch akkoord te gaan met wijziging van een arbeidsvoorwaarde, op grond van de algemene verplichting zich als goed werknemer te gedragen (art. 7:611 BW). De Hoge Raad heeft in *Stoof/Mammoet* criteria geformuleerd om te beoordelen wanneer een werknemer een wijziging moet accepteren. Ook hier komt het neer op een afweging tussen de belangen van de werkgever bij wijziging en de belangen van

23 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, JAR 2018/183.

de werknemer bij handhaving van de bestaande regeling. In de situatie dat partijen een wijzigingsbeding zijn overeengekomen, heeft een werkgever iets meer ruimte om een arbeidsvoorwaarde te wijzigen dan in de situatie dat partijen geen wijzigingsbeding zijn overeengekomen. Door vooraf de mogelijkheid van een wijziging af te spreken, weet de werknemer namelijk dat hij daar rekening mee dient te houden. Als er geen wijzigingsbeding is overeengekomen, mag een werknemer in principe ervan uitgaan dat de overeenkomst blijft zoals die was. Tenzij hij een wijziging op grond van goed werknemerschap moet dulden.

Voor de onderhavige zaak brengt dit mee dat eerst zal worden beoordeeld of de werknemers met een wijzigingsbeding de wijziging van hun arbeidsvoorwaarde op de voet van artikel 7:613 BW moeten accepteren. Zo nee, dan hoeven ook de werknemers zonder wijzigingsbeding daarmee niet in te stemmen.

De derde vraag die aan de orde is, is de vraag of sprake is van een zwaarwichtig belang van de werkgever ingevolge artikel 7:613 BW. De werkgever voert aan dat hij kostenbesparingen wil doorvoeren en het onwenselijk is om verschillende leaseauto's te hanteren. Daarbij wil Rabobank een duurzaamheidsdoel behalen, waarbij zij het autogebruik wil tegengaan. Tot slot zijn de arbeidspatronen gewijzigd. Werknemers werken vaker thuis en klantbezoeken nemen af.

De werknemers voeren aan dat Rabobank geen zwaarwichtig belang heeft. De kantonrechter volgt werknemers. De wetgever heeft in artikel 7:613 BW randvoorwaarden gesteld aan het gebruik van een eenzijdige-wijzigingsbeding. Bij de beoordeling of van een zwaarwichtig belang sprake is, moet terughoudendheid in acht worden genomen. In de parlementaire geschiedenis zijn als mogelijke voorbeelden genoemd: zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden, waaronder een noodzakelijke reorganisatie. Te denken valt aan de situatie waarin de werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert. Het niet kunnen wijzigen van een arbeidsvoorwaarde zal dan onder omstandigheden voor de werkgever in redelijkheid niet aanvaardbaar zijn. Op grond van de financiële cijfers is duidelijk dat Rabobank niet in grote financiële moeilijkheden verkeert.

Het harmonisatiebelang vormt evenmin een zwaarwichtig belang. Dat er verschillen zijn tussen de arbeidsvoorwaarden omdat werknemers van verschillende lokale Rabobanken afkomstig zijn, is een logisch gevolg van de fusie. De omstandigheid dat de ene werknemer een andere geschiedenis heeft binnen de onderneming dan de andere is de objectieve rechtvaardiging voor dat verschil in arbeidsvoorwaarden. Daarbij komt dat het aansluiten bij de Autoleaseregeling ook geleidelijk kan, door bij het sluiten van nieuwe arbeidsovereenkomsten steeds dit landelijke beleid te volgen. Door verloop zal het verschil in arbeidsvoorwaarden dan uiteindelijk verdwijnen. Het door Rabobank naar voren gebrachte milieubelang is een nastrevenswaardig belang, maar niet zwaarwichtig in de zin van artikel 7:613 BW. Hetzelfde geldt voor de gestelde veranderde arbeidspatronen, waardoor minder zakelijke kilometers nodig zijn, wat door werknemers overigens is betwist. Ook dit is, net als het imagobelang, onvoldoende zwaarwichtig om de arbeidsvoorwaarden van individuele werknemers in negatieve zin aan te passen.

Nu Rabobank geen zwaarwichtig belang heeft, behoeft de vraag of de wijziging voldoet aan de redelijkheidstoets in artikel 7:613 BW niet meer te worden beantwoord.

Overgang van onderneming

Het eenzijdige-wijzigingsbeding van de vervreemder kan worden overgedragen op de verkrijger bij een overgang van onderneming.²⁴ Valt van een werknemer te vergen dat hij een voorstel tot wijziging van de leaseautoregeling aanvaardt na een overgang van onderneming? Deze vraag komt aan de orde in de navolgende uitspraak.²⁵

Werknemer is sinds augustus 1996 tot december 2007 in dienst bij werkgever. Vanaf 1997 heeft werknemer de beschikking gehad over een leaseauto. In 2006 is de leaseautoregeling door partijen vastgelegd. Werkgever heeft in 2007 aan werknemer kenbaar gemaakt dat het bedrijfsonderdeel waarvoor hij werkt, wordt overgedragen. Werknemer is de leaseauto blijven gebruiken, ook na 2007. Eind 2008 krijgt werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst met daarin een leaseautoregeling, vanwege een nieuwe functie, aangeboden. In maart 2009 ontvangt werknemer een brief waarin wordt aangegeven dat de arbeidsvoorwaarden binnen de organisatie geharmoniseerd gaan worden en dat werknemer op basis van zijn nieuwe functie geen recht meer heeft op een leaseauto. Werknemer vordert toepassing van zijn arbeidsvoorwaarden van zijn 'oude' werkgever.

De kantonrechter stelt het volgende voorop. De leaseauto is aan te merken als een arbeidsvoorwaarde met een beloningscomponent, die daarmee is te beschouwen als overeengekomen loon (in natura). Immers, in de leaseautoregeling van werkgever is privégebruik toegestaan, terwijl de daarmee samenhangende kosten (in het binnenland) voor rekening van werkgever zijn. Werknemer betaalt voor het privégebruik weliswaar een eigen bijdrage, maar die heeft, naar wordt aangenomen, geen kostendekkend karakter. De autoregeling van werkgever is (destijds) ook geïncorporeerd in de tussen werkgever en werknemer gesloten arbeidsovereenkomst, zo volgt uit artikel 6 van deze autoregeling.²⁶ Het bedrijfsonderdeel waarvoor werknemer destijds voor werkgever werkzaam was, is overgenomen. Partijen zijn het erover eens dat de overname als een overgang van onderneming ex artikel 7:662 BW moet worden beschouwd. De rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst tussen vervreemder en werknemer zijn ingevolge artikel 7:663 BW van rechtswege overgegaan op de verkrijger. Hieronder is ook de autoregeling van de vervreemder begrepen.

In de autoregeling van de vervreemder is geen eenzijdige-wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW opgenomen. Dit geeft de vervreemder en verkrijger de bevoegdheid om de autoregeling eenzijdig te wijzigen. Derhalve kan verkrijger niet eenzijdig de voor werknemer van toepassing zijnde autoregeling van vervreemder opzijzetten.

Een werknemer dient in het algemeen positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, en een dergelijk voorstel mag hij slechts dan afwijzen wanneer de aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.²⁷ Bij de vraag of van de werknemer aanvaarding van een wijziging van de arbeidsovereenkomst mag

24 Hof Amsterdam 27 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW5151, JAR 2012/126.

25 Rb. Leeuwarden 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX3980, RAR 2012/153.

26 Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0736 en Hof Amsterdam 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU6388.

27 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, JAR 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman).

worden gevegd op grond van goed werknemerschap, dient in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever in de gewijzigde omstandigheden als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een (redelijk) voorstel tot wijziging, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. Als daarvan sprake is, dient vervolgens te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in redelijkheid van de werknemer gevegd kan worden. Als dat ook het geval is, dan mag de werknemer het verzoek tot wijziging niet weigeren.²⁸

Het voorstel van verkrijger om de autoregeling van vervreemder te beëindigen en zijn eigen autoregeling van toepassing te doen worden, is kennelijk ingegeven door de wens van verkrijger om de arbeidsvoorwaarden te harmoniseren. De kantonrechter oordeelt dat de wens van de werkgever om de arbeidsvoorwaarden te harmoniseren geen voldoende zwaarwichtig belang vormt om aan de werknemer een voorstel tot wijziging te doen. De verschillen in arbeidsvoorwaarden tussen werknemer en diens collega's zijn nu eenmaal een gevolg van de overname van een deel van de onderneming van de vervreemder door de verkrijger, waardoor hij ook aan de toen geldende arbeidsvoorwaarden van de betreffende werknemers van de vervreemder gebonden werd. Kortom, de verkrijger passeert niet de horde van het hebben van een voldoende zwaarwichtig belang bij het (doen van een voorstel tot het) wijzigen/vervallen van de leaseautoregeling van de vervreemder.

3.1.4.5 Harmonisatie

Werkgevers voeren nog wel eens aan dat ze de leaseautoregeling eenzijdig willen wijzigen vanwege de wens van harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden. Ze willen dan een gelijke behandeling van hun werknemers die een leaseauto tot hun beschikking hebben. Is het harmoniseren van arbeidsvoorwaarden geoorloofd? Bij de beoordeling van de vraag of een overeengekomen ongelijkheid als ongeoorloofd moet worden beschouwd, is een terughoudende toetsing op haar plaats en kan deze vraag slechts bevestigend worden beantwoord indien de ongelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁹ In de navolgende uitspraak³⁰ oordeelt het gerechtshof Amsterdam dat gelijke behandeling van werknemers geen zwaarwichtig belang ex artikel 7:613 BW vormt.

Werknemers zijn allen voor 1 september 2002 in dienst bij ING. Zij vervullen een functie in schaal 12. Aan hen is een leaseauto ter beschikking gesteld. De leaseauto mag ook privé en in het buitenland worden gebruikt, waarvoor een eigen bijdrage is verschuldigd. In september 2002 is de leaseautoregeling gewijzigd. De 'schaal 12-werknemers' hebben vanaf dan geen recht meer op een leaseauto.

28 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet).

29 Het hof zoekt aansluiting bij de criteria van HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536.

30 Hof Amsterdam 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU6388, JAR 2011/291. R.M. Beltzer, Wijziging van de arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward, TAP 2008, afl. 1, p. 5 e.v. Zie anders HvJ EG 6 november 2003, ECLI:EU:C:2003:594, JAR 2003/297 (Southbank): harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na overname. Rb. Amsterdam (ktr.) 26 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4253, JAR 2011/116: harmonisatie arbeidsvoorwaarden vanwege een fusie levert een zwaarwichtig belang op tot wijziging.

Er volgt een overgangsregeling. Met de centrale ondernemingsraad (COR) zijn nadere afspraken gemaakt over compensatie van fiscale ongemakken bij overname van de leaseauto. De werknemers vorderen nakoming van de leaseauto-regeling conform de gebruikelijke afspraken. De kantonrechter wijst de vordering toe. De kantonrechter oordeelt dat een leaseauto een arbeidsvoorwaarde is (en niet slechts een faciliteit). ING stelt zich op het standpunt dat de leaseauto-regeling ten onrechte als arbeidsvoorwaarde wordt aangemerkt. Het gerechtshof Amsterdam laat in het midden of hier sprake is van een arbeidsvoorwaarde als bedoeld in artikel 7:613 BW. ING heeft zijn werknemers heel concreet toegezegd dat versoering van de leaseautoregeling voor hen geen gevolgen zou hebben. De toe te passen maatstaf zal niet een lichtere zijn dan die van artikel 7:613 BW. Niet blijkt dat de COR met beëindiging van de regeling heeft ingestemd, de COR heeft geen uitspraak gedaan of de beëindiging valide was. Een belangenafweging leidt tot de slotsom dat de door ING genoemde argumenten intrekking van de toezegging niet rechtvaardigen. Er is niet aangetoond dat er een financiële noodzaak is voor de beëindiging van de leaseautoregeling. Een gelijke behandeling van de 'schaal 12-werknemers' vormt ook geen zwaarwichtig belang. Bovendien staat tegenover het beginsel van gelijke beloning het belang dat werknemers erop mogen vertrouwen dat een gedane toezegging wordt nagekomen.

Is de enkele wens van een werkgever (op basis van goed werkgeverschap) tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden over te gaan voldoende om te mogen harmoniseren? Dit komt aan de orde in de navolgende uitspraak.³¹

Athlon is gefuseerd met De Lage Landen. De FNV heeft een procedure aangespannen, omdat Athlon na de fusie de leaseautoregeling van De Lage Landen op de medewerkers van Athlon toepast, waardoor deze werknemers op termijn hun leaseauto kwijtraken. Met een aantal werknemers is een eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW overeengekomen en met een aantal niet. De kantonrechter oordeelt dat het gaat om een werkgever die arbeidsvoorwaarden wil harmoniseren na een fusie. De kantonrechter kwalificeert de wens van Athlon om haar arbeidsvoorwaarden te harmoniseren na een niet door bedrijfseconomische omstandigheden ingegeven fusie, niet als gewijzigde omstandigheden die nopen tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst waarbij ruim veertig Athlon-werknemers op termijn hun leaseauto verliezen.

Athlon heeft een beroep op het gelijkheidsbeginsel gedaan en aangevoerd dat werknemers in gelijke omstandigheden gelijk beloond moeten worden. Als objectieve rechtvaardigheidsgrond kan worden aangemerkt het verschil in arbeidsvoorwaarden, dit vanwege het feit dat de ene werknemer een andere historie binnen de organisatie heeft dan de andere. Overigens is het verschil in arbeidsvoorwaarden naar zijn aard tijdelijk en wordt het verschil opgeheven door verloop en/of pensionering.

Met de werknemers die geen eenzijdige-wijzigingsbeding zijn overeengekomen met Athlon moet worden beoordeeld of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de betrokken werknemers Athlon aan de oorspronkelijke leaseautoregeling houden en weigeren in te stemmen met de nieuwe leaseautoregeling. Dat is naar het oordeel van de kantonrechter niet

31 Rb. Haarlem 9 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV3628, RAR 2012/68.

het geval. Werknemers mogen ervan uitgaan dat afspraken worden nagekomen en dat, als de werkgever afspraken wil wijzigen, de werkgever daarvoor gronden aanvoert die zodanig zwaarwichtig zijn dat de werknemer zijn instemming redelijkerwijs niet kan onthouden. Daarvan is in dit geval geen sprake. Het enkele feit dat Athlon ten aanzien van alle medewerkers een gelijk arbeidsvoorwaardenregime wil hanteren, is onvoldoende.

Ten aanzien van de werknemers met wie Athlon een eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen, moet worden beoordeeld of Athlon ten aanzien van deze werknemers bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemers dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het belang moet zwaarwichtig zijn én de wijziging moet voldoen aan de redelijkheidstoets.³² De kantonrechter oordeelt dat het niet gaat om een werkgever die in zware financiële problemen verkeerde en om die reden is gefuseerd. De werknemers van De Lage Landen International en Athlon werken na de fusie samen op het kantoor van Athlon. Het feit dat Athlon de arbeidsvoorwaarden wenst te harmoniseren, is onvoldoende zwaarwegend. Dat er verschillen zijn tussen de arbeidsvoorwaarden omdat zij van verschillende ondernemingen afkomstig zijn, dwingt niet tot harmonisatie, maar is een logisch gevolg van de fusie. Omdat wordt geoordeeld dat Athlon bij de wijziging geen zwaarwichtig belang heeft, behoeft de vraag of de wijziging voldoet aan de redelijkheidstoets niet meer te worden beantwoord.

Ook in de navolgende uitspraak³³ is de primaire aanleiding voor de wijziging van de leaseautoregeling voor de werkgever, na een fusie, gelegen in de beoogde harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden van het personeel van de groepsvennootschappen.

Werknemer is sinds 2002 in dienst bij werkgever. In de arbeidsovereenkomst staat dat de werknemer een leaseauto (categorie 3) ter beschikking wordt gesteld. In 2016 heeft er een overname plaatsgevonden. Teneinde harmonisatie van arbeidsvoorwaarden te realiseren en kosten terug te dringen is er een nieuwe leaseautoregeling ingevoerd. Hierdoor ging het personeel van leaseautocategorie 3 naar leaseautocategorie 5. Werknemer heeft niet ingestemd met deze nieuwe regeling en vordert van werkgever een leaseauto in categorie 3. De kantonrechter oordeelt dat er geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW is opgenomen. De toetsingsmaatstaf is artikel 7:611 BW en de criteria uit *StooffMammoet*. Het streven naar harmonisatie en bezuiniging kan onder omstandigheden een eenzijdige wijziging rechtvaardigen, en dat een en ander afhankelijk is van een belangenafweging bij de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Het belang van werkgever dat harmonisatie als een versobering van de eerdere autoregeling is vormgegeven en derhalve tot kostenbesparing leidt, moet worden afgewogen tegen het belang dat werknemer heeft bij het ongewijzigd blijven van zijn recht op een leaseauto in categorie 3. Tegenover het financiële belang van werkgever staat het belang

32 R.o. 15 geeft aan dat uit de Kamerstukken blijkt dat zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden, waaronder een noodzakelijke reorganisatie, als zwaarwichtige omstandigheden kunnen worden gekwalificeerd.

33 Rb. Midden-Nederland 11 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1479, RAR 2018/104; Prg. 2018/158.

van werknemer om te kunnen blijven rijden in een duurdere, comfortabele en veiligere auto. Naar het oordeel van de kantonrechter is dit een zwaarwegend belang, omdat werknemer 60.000 kilometer in zijn leaseauto rijdt en daardoor veel tijd in de auto doorbrengt, en het feit van algemene bekendheid is dat het rijden van lange afstanden het nodige van de autobestuurder vergt. Een leaseauto uit categorie 3 biedt de werknemer meer comfort, veiligheid en technologische verbeteringen dan een leaseauto uit categorie 5. Voor werknemer is de teruggang in leasecategorie dan ook, gezien de aard van zijn functie en het belang dat aan de leaseauto als werkplek toekomt, zodanig ingrijpend, dat daartegenover het belang van de werkgever moet wijken.

3.1.4.6 Leaseauto verbonden aan functiewijziging of aan standplaatswijziging?

In de navolgende uitspraak³⁴ is de vraag aan de orde of de leaseauto is toegekend aan de functiewijziging van werknemer of dat de leaseauto is verbonden aan de standplaatswijziging.

Werknemer is sinds 1976 in dienst van Heineken. Met ingang van maart 2003 is werknemer benoemd tot ambtelijk secretaris van de COR. De standplaats van Den Bosch wordt hiermee gewijzigd naar Zoeterwoude. In plaats van de gebruikelijke reiskostencompensatieregeling kreeg werknemer een leaseauto. In 2009 komt er een nieuwe leaseautoregeling. Werknemer voldoet niet meer aan de voorwaarden, zodat hem per 2010 het gebruikersrecht op de leaseauto wordt ontzegd. Werknemer stelt dat de leaseauto bij zijn functie hoort, dat zijn voorganger ook een leaseauto had, en dat de leaseauto een arbeidsvoorwaarde is die niet eenzijdig door Heineken kan worden gewijzigd; basis hiervan is de leaseautoregeling 2003. In zijn aanstellingsgesprek heeft de toenmalige directeur van Heineken ingestemd met de toewijzing van een leaseauto aan werknemer, onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat hij niet tevens aanspraak zou maken op een vergoeding van reiskosten woon-werkverkeer. Werknemer vordert ongewijzigde voortzetting van zijn arbeidsvoorwaarden. Heineken geeft aan dat de leaseauto niet aan werknemer is toegekend vanwege zijn functiewijziging, maar vanwege de standplaatswijziging. Uit praktische en bedrijfseconomische overwegingen is met werknemer afgesproken dat werknemer in plaats van de reiskostenregeling een leaseauto ter beschikking zou krijgen.

Het gerechtshof Amsterdam oordeelt als volgt. De maatstaf voor de beoordeling van de vraag of de leaseauto aan werknemer is toegekend op basis van de reiskostenregeling, welke regeling voor werknemer na vijf jaar zou eindigen, is of werknemer dit op grond van de aan hem gedane mededelingen redelijkerwijs had moeten begrijpen. Het hof is van oordeel dat op basis van hetgeen Heineken daarover heeft aangevoerd niet kan worden geconcludeerd dat werknemer dit moest begrijpen. Het tegendeel is het geval. In de aanstellingsbrief is met zoveel woorden gezegd dat werknemer 'in plaats van' de reiskostenregeling in aanmerking komt voor een leaseauto. Die uitlating valt bezwaarlijk anders op te vatten dan dat de reiskostenregeling juist niet zou gelden. Dat het werknemer altijd duidelijk is geweest dat hem de leaseauto werd toegekend vanwege de grote

34 Hof Amsterdam 11 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:3642 (*werknemer/Heineken Nederland Beheer B.V.*).

afstand tussen woonplaats (Den Bosch) en nieuwe standplaats (Zoeterwoude), heeft in dit verband geen betekenis. Dat brengt op zichzelf genomen immers nog niet mee dat de reiskostenregeling als basis gold voor de toekenning van de leaseauto aan werknemer en dat hij – dus – na vijf jaar zou moeten voldoen aan de in de leaseautoregeling neergelegde eis van het rijden van 15.000 zakelijke kilometers, aan welke eis werknemer nooit heeft voldaan.

De vraag zou kunnen rijzen of aan werknemer een leaseauto zou kunnen worden toegekend zónder dat de reiskostenregeling van toepassing was. Dat is het geval. De vraag die dan resteert, is of Heineken mocht besluiten de leaseauto (met ingang van 15 juli 2010) in te nemen. Heineken heeft als intrekingsgrond van het gebruik door werknemer van een leaseauto aangevoerd dat werknemer niet voldeed aan de eis dat hij, zoals in de nieuwe leaseautoregeling is bepaald, ten minste 20.000 zakelijke kilometers (exclusief woon-werkverkeer) reed. Dat criterium is echter niet beslissend, aangezien de leaseauto niet is toegekend op grond van het aantal zakelijke kilometers dat werknemer reed of moest rijden. Deze grond vormt daarom geen deugdelijke reden voor de beslissing van Heineken om werknemer niet langer het gebruik van een leaseauto toe te staan. Voor zover Heineken zich thans mede beroept op een vermindering van het aantal woon-werkkilometers dat werknemer moet rijden, oordeelt het hof dat dat enkele feit echter onvoldoende is om het voortgezette gebruik van een leaseauto, eenmaal aan werknemer toegekend, te ontzeggen. Heineken heeft niet tegengesproken dat de inname van de leaseauto financieel nadelig was voor werknemer. De reiskosten woon-werkverkeer worden namelijk door Heineken (op basis van de geldende cao) niet volledig vergoed. Waar werknemer bij gebruik van de leaseauto niet met dergelijke (extra) kosten werd geconfronteerd, mocht Heineken niet zonder daarvoor een (financiële of andere) voorziening te treffen tot de invordering van de auto besluiten. Het bepaalde in artikel 7:611 BW zou overigens meebrengen dat Heineken als goed werkgeefster eerst een voorstel zou doen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, voordat zij de redelijkheid van dat voorstel, indien dit door de werknemer zou worden geweigerd, door de rechter laat toetsen.

3.1.4.7 Leaseauto verbonden aan functie

In de navolgende uitspraak³⁵ is het gerechtshof Amsterdam van oordeel dat het ongeoorloofd is dat Heineken eenzijdig de leaseautoregeling wijzigt.

De negen werknemers zijn als jurist werkzaam bij Heineken. In hun aanstellingsbrief is aangegeven dat zij in aanmerking komen voor een leaseauto of voor de leaseautoregeling gelet op hun functie. De leaseauto mag ook privé worden gebruikt en de zakelijke kilometers hoeven niet te worden bijgehouden. In 2009 bericht Heineken dat de leaseautoregeling is aangepast. De werknemers moeten hun leaseauto inleveren op basis van de nieuwe toetsingscriteria. Werknemers vorderen dat het gebruik van een leaseauto een tot hun functie behorende arbeidsvoorwaarde vormt en dat Heineken hun de leaseauto ter beschikking moet stellen onder gelijke voorwaarden als voorheen. De kantonrechter wijst de vorderingen

35 Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6963, JAR 2013/137 (Heineken Nederland Beheer B.V./werknemers).

toe. Heineken gaat in hoger beroep. Het hof stelt vast dat de werknemers uit hun aanstellingsbrief hebben mogen afleiden dat de leaseauto onvoorwaardelijk was verbonden aan hun functie. De werknemers kregen de leaseauto zonder dat aan hen werd gevraagd de zakelijke kilometers bij te houden. Heineken kon dus niet toetsen of zij aan het omvangcriterium voldeden, wat niet voor de hand ligt indien het recht van de werknemers op een leaseauto daarvan afhankelijk is. Het wijzigingsbeding uit de leaseautoregeling kan niet zo worden uitgelegd dat de in het verleden genomen besluiten tot toekenning van een leaseauto ongedaan kunnen worden gemaakt. Heineken heeft onvoldoende gesteld om te concluderen dat er een zwaarwegend belang was tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde, terwijl de werknemers een helder te omschrijven belang hebben bij behoud van de leaseauto. Het beroep op artikel 7:613 BW faalt, aangezien Heineken onvoldoende duidelijk heeft gemaakt waarin de kostenbesparing van aanpassingen van de leasekostenregeling precies zit. Eveneens faalt het beroep op artikel 7:611 BW.

3.1.4.8 Leaseauto inleveren bij wijziging leaseautoregeling

Onder omstandigheden is het voor de werknemer niet aannemelijk dat bij het accepteren van de leaseauto voor hem kenbaar was dat, op grond van het geldend beleid bij de werkgever, de leaseauto bij het stoppen van 'mobiele werkzaamheden' zou moeten worden ingeleverd. In de volgende uitspraak³⁶ komt dit aan de orde.

Werknemer is sinds 2010 in dienst bij Hewlett-Packard CDS. In 2011 is een overeenkomst voor het gebruik van een leaseauto gesloten tussen partijen. In 2015 ontvangt werknemer een brief waarin wordt aangegeven dat er geen contractuele en zakelijke noodzaak bestaat om een leaseauto te rijden en dat per 2016 de leaseauto zal worden ingenomen. Werknemer verzet zich hiertegen. De kantonrechter oordeelt als eerste dat het begrip arbeidsvoorwaarde een ruim, juridisch niet scherp omlind begrip is. In de rechtspraak³⁷ is het beschikken over een leaseauto als arbeidsvoorwaarde aangemerkt. Ook wordt ervan uitgegaan dat er sprake is van loon, in de zin van artikel 7:617 lid 1 onder b BW, indien de werknemer de auto ter beschikking krijgt zonder dat hij deze voor het werk nodig heeft en hij de auto ook in zijn vrije tijd mag gebruiken. Dat werkgever heeft besloten een einde te maken aan de toekenning van een leaseauto aan werknemer betekent derhalve dat hij eenzijdig overgaat tot wijziging van een arbeidsvoorwaarde. Er is geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW opgenomen. De vraag of werkgever gerechtigd was om eenzijdig de arbeidsvoorwaarde te wijzigen, zal moeten worden getoetst aan artikel 7:611 BW en de criteria uit *Stooff/Mammoet*. Uit de stellingen van de werkgever volgt dat zich geen recente wijziging van de omstandigheden heeft voorgedaan, die maakt dat de leaseautoregeling van werknemer op dit moment moet worden gewijzigd. Werkgever heeft aangevoerd dat de bevoegdheid tot inname van de leaseauto volgt uit het geldende autobeleid, namelijk dat het recht op een leaseauto afhangt van het al dan niet zijn van een 'mobiele' werknemer. De kantonrechter oordeelt dat het beleid van werkgever

36 Rb. Midden-Nederland 15 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2481.

37 O.a. Rb. Utrecht (ktr.) 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3038 en de daarin genoemde uitspraken.

omtrent de leaseautoregeling voor werknemers kenbaar zou moeten zijn of redelijkerwijs had moeten zijn. Het is niet aannemelijk dat bij het accepteren van de leaseauto door werknemer kenbaar was dat op grond van geldend beleid bij werkgever de leaseauto bij het stoppen van ‘mobiele werkzaamheden’ zou moeten worden ingeleverd. De vordering van de werknemer tot teruggave van de leaseauto is toewijsbaar.

In de volgende uitspraak³⁸ is het niet aannemelijk dat bij het accepteren van de leaseauto door de werknemer kenbaar was dat op grond van geldend beleid bij werkgever de leaseauto bij het stoppen van ‘mobiele werkzaamheden’ zou moeten worden ingeleverd.

Werknemer is sinds 2010 in dienst bij Hewlett-Packard CDS. Werknemer is per 1 januari 2010 werkzaam in Eindhoven en vanaf 1 oktober 2010 tewerkgesteld bij Heineken in een mobiele functie. Per 2012 is werknemer tewerkgesteld bij Philips in Eindhoven met een vaste standplaats. Werkgever geeft aan dat hij de leaseauto inneemt nu werknemer een vaste standplaats heeft. Werknemer vordert dat het gebruik van een leaseauto tot een arbeidsvoorwaarde is gaan behoren en dat de werkgever niet bevoegd is om tot eenzijdige wijziging van de leaseautoregeling over te gaan. De kantonrechter oordeelt dat bij indienstreding van de werknemer aan hem een leaseauto (ook voor privégebruik) ter beschikking is gesteld ten behoeve van zijn functie. De leaseauto is een arbeidsvoorwaarde waarop de werknemer uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst recht heeft. De kantonrechter oordeelt dat het beleid van werkgever omtrent de leaseautoregeling voor de werknemer kenbaar zou moeten zijn of redelijkerwijs had moeten zijn. Het is niet aannemelijk dat bij het accepteren van de leaseauto door werknemer kenbaar was dat op grond van geldend beleid bij werkgever de leaseauto bij het stoppen van ‘mobiele werkzaamheden’ zou moeten worden ingeleverd. Dat werkgever heeft besloten een einde te maken aan de toekenning van een leaseauto aan werknemer betekent derhalve dat hij eenzijdig overgaat tot wijziging van een arbeidsvoorwaarde. Mocht werkgever tot eenzijdige wijziging overgaan? Immers, in de individuele arbeidsovereenkomst is geen beding opgenomen dat de werkgever de bevoegdheid heeft de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. De toetsingsmaatstaf is artikel 7:611 BW en de criteria uit *Stoof/Mammoet*. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werkgever onvoldoende gesteld op welke wijziging van omstandigheden hij zich beroept. Voor zover de wijziging van (mobiele) werkzaamheden de omstandigheid is waarop werkgever zich beroept, dan is deze onvoldoende onderbouwd. Het enkele feit dat werknemer als ‘niet-mobiele medewerker’ minder voor werkgever oplevert, is daarvoor onvoldoende. Bovendien geldt dat niet is gebleken dat werkgever een redelijk voorstel aan werknemer heeft gedaan. Dit betekent dat niet voldaan is aan de vereisten voor eenzijdige wijziging. Dit ligt anders met betrekking tot de vordering van de werknemer waarin hij een verbod verlangt de leaseautoregeling eenzijdig op te zeggen. Immers, een absoluut verbod tot eenzijdige wijziging kan niet worden toegewezen.

38 Rb. Midden-Nederland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1848.

3.1.4.9 Niet voldoen aan de zakelijke kilometernorm

Werkgever heeft op basis van de leaseautoregeling de bevoegdheid om op het moment dat de inhoud van het werk, de functie of het dienstverband wijzigt en de werknemer daarmee niet structureel meer voldoet aan de toekenningscriteria voor een leaseauto, de toekenning van een leaseauto opnieuw te bezien. Voor een periode van vier jaren maakt werkgever geen gebruik van deze bevoegdheid om de leaseauto tussentijds terug te nemen. De kantonrechter oordeelt dat werkneemster gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de leaseauto tot haar arbeidsvoorwaarden is gaan behoren en dat zij op grond daarvan recht heeft op het behoud van een leaseauto, ook bij het niet voldoen aan de zakelijke kilometernorm. De casus is als volgt.³⁹

Werkneemster is sinds 2007 in dienst bij Haskoning. Bij indiensttreding is een leaseauto ter beschikking gesteld. In 2013 vraagt werkneemster een nieuwe leaseauto aan in verband met de einddatum van het leasecontract. Haskoning weigert dit omdat werkneemster niet voldoet aan het vereiste aantal zakelijke kilometers. Werkneemster voert aan dat de leaseauto een arbeidsvoorwaarde is en dat Haskoning niet gerechtigd is deze eenzijdig te wijzigen. De kantonrechter oordeelt dat de leaseauto onderdeel is geweest bij de arbeidsvoorwaardelijke onderhandelingen voorafgaand aan indiensttreding van werkneemster. Op basis van de leaseautoregeling heeft Haskoning de bevoegdheid om de leaseauto terug te nemen op het moment dat werkneemster niet voldoet aan de kilometernorm. Gedurende een aantal jaren heeft Haskoning geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid. Werkneemster heeft er gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat de leaseauto tot haar arbeidsvoorwaarden is gaan behoren en dat zij op grond daarvan recht heeft op het behoud van een leaseauto. Haskoning heeft niet bij aanvang van de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk gewezen op de duur van het leasecontract met de leasemaatschappij en dat het recht op de leaseauto na afloop van het leasecontract opnieuw bekeken moest worden. Beroep op artikel 7:611 BW faalt daarom. Indien Haskoning werkneemster geen nieuwe leaseauto toekent, stijgen haar nettoautokosten zodanig dat, gelet op de hoogte van haar salaris, dit een substantieel bedrag is. In redelijkheid kan niet van werkneemster worden verwacht dat zij ingaat op het voorstel van Haskoning, nu dit geen structurele compensatie biedt, maar slechts een tijdelijke compensatie van drie maanden na afloop van het laatste leasecontract.

Ook in de navolgende uitspraak⁴⁰ voldoet de werknemer niet aan zijn zakelijke kilometernorm zoals is vastgelegd in de Bedrijfsautoregeling. Is de werkgever dan gerechtigd om niet langer de leaseauto ter beschikking te stellen aan de werknemer?

Werknemer is sinds 1987 in dienst bij werkgever. Bij indiensttreding is een leaseauto, ook voor privégebruik, ter beschikking gesteld. In de Bedrijfsautoregeling 2000 is bepaald dat een werknemer in aanmerking komt voor een leaseauto als hij

39 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 17 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3096 en Nieuwsbericht 2013/40.

40 Rb. Amsterdam 11 juni 2015, 3237570 CV EXPL 14-19639, JAR 2015/263.

minimaal 15.000 kilometer per jaar rijdt, inclusief woon-werkverkeer. De regeling wordt gewijzigd, de kilometernorm wordt gehandhaafd, maar er wordt niet verwezen naar woon-werkverkeer. In 2014 heeft werkgever laten weten dat het recht op de leaseauto is komen te vervallen. Werknemer geeft aan dat hij recht heeft op een leaseauto. De kantonrechter oordeelt als eerste dat in de arbeidsovereenkomst is bepaald dat de Bedrijfsautoregeling op de werknemer van toepassing is. Dit geldt ook voor latere versies van deze regeling. Het is voldoende komen vast te staan dat de werknemer niet langer aan de voorwaarde voldoet dat hij minimaal 15.000 kilometer per jaar rijdt (ook niet als woon-werkverkeer wordt meegeteld). Werkgever was daarom gerechtigd om aan de werknemer niet langer een leaseauto ter beschikking te stellen. De kantonrechter verwerpt het verweer van de werknemer dat de werkgever jarenlang niet de hand heeft gehouden aan de in de Bedrijfsautoregeling gestelde voorwaarden en dit daarom niet alsnog mocht gaan doen. Het feit dat de werkgever enige jaren soepel optreedt met handhaving van afgesproken voorwaarden brengt niet mee dat het de werkgever niet meer vrijstaat om deze voorwaarden alsnog toe te passen. Dit geldt temeer nu werknemer de door de werkgever gestelde noodzaak om de kosten te reduceren onvoldoende heeft weersproken.

3.1.4.10 *Collectieve wijziging van de leaseautoregeling*

Bij een voorgenomen collectieve wijziging van een arbeidsvoorwaarde dient, op het moment dat geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW is opgenomen, te worden getoetst aan artikel 6:248 lid 2 BW. Dit betekent dat de werkgever dient aan te tonen dat instandhouding van het recht op een leaseauto van de groep werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbare gevolgen leidt. In de volgende uitspraak⁴¹ is sprake van een collectieve wijziging van de leaseautoregeling.

De werkgever is een woningcorporatie, ontstaan uit een fusie. Door deze fusie bestaan er drie leaseautoregelingen. Werkgever wil voor 33 werknemers de leaseautoregeling afschaffen. Ter compensatie wordt een afbouwregeling aangeboden voor een aantal maanden. De ondernemingsraad wil zich niet over het voornemen van werkgever uitspreken. De werknemers stellen dat er geen eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen en dat werkgever geen zwaarwichtig belang heeft bij het stopzetten van de leaseregeling. Het geschil wordt in een artikel 96 Rv-procedure aan de kantonrechter voorgelegd. De kantonrechter oordeelt dat artikel 7:613 BW niet van toepassing is. Nu het hier gaat om een collectieve wijziging dient getoetst te worden aan artikel 6:248 lid 2 BW. De kantonrechter oordeelt dat instandhouding van het recht op de leaseauto van de 33 werknemers niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden wil versoberen, is begrijpelijk, maar het gaat hier om een gering bedrag dat niet tot ernstige financiële gevolgen zal gaan leiden. Bovendien houdt het hoger management wel recht op een leaseauto en is de aangeboden afbouwregeling erg mager. Verder is er geen instemming van de ondernemingsraad met de afschaffing. Toetsing aan de artikelen 7:611 en 6:258 BW leidt niet tot een ander oordeel.

⁴¹ Rb. Rotterdam (ktr.) 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6319, JAR 2015/240.

3.1.4.11 Is een autoregeling een collectieve regeling?

Kan de werknemer na een wijziging van de cao nog aanspraak maken op het recht op behoud van een leaseauto dat voortvloeit uit de 'oude' cao? In de navolgende uitspraak⁴² komt deze vraag aan de orde.

Werkneemster is sinds 1990 in dienst bij de FNV. Per die datum heeft zij een leaseauto tot haar beschikking. In 2015 vindt er een fusie plaats. In 2016 is de Autoregeling FNV 2016 tot stand gekomen. In deze regeling staat een zakelijke kilometernorm. Bij het niet voldoen hieraan heeft werkneemster geen recht meer op een leaseauto. Werkneemster beroept zich op de met de ondernemingsraad tot stand gekomen 'Financiële regelingen FNV Bondgenoten 2014'. Werkgever beroept zich echter op het onderhandelingsakkoord waar de Autoregeling 2016 onderdeel van is. Volgens werkgever gaat het om een collectieve regeling die onderdeel uitmaakt van de CAO FNV-organisaties en is werkneemster om die redenen gebonden. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de Autoregeling FNV 2016 een collectieve regeling is. Door werkneemster wordt dit betwist. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, hoeft niet te worden geoordeeld of sprake is van een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of dat de toets van artikel 7:613 dan wel 7:611 BW kan doorstaan. FNV is dan immers gehouden uitvoering te geven aan de cao en door werkneemster is niet weersproken dat zij gebonden is aan de cao. De kantonrechter oordeelt dat de Autoregeling FNV 2016 onderdeel uitmaakt van de cao, nu deze als bijlage bij de cao wordt gevoegd. Voor werkneemster pakt de overgangsregeling negatief uit omdat ze haar leaseauto eind 2017 moet inleveren. Werkneemster heeft aangevoerd dat zij al 27 jaar in een leaseauto rijdt zonder dat zij aan de voorwaarden voldoet. De kantonrechter oordeelt dat werkneemster gedurende 27 jaar een voordeel gehad heeft waarop zij volgens de geldende regels kennelijk geen recht had. Werkneemster had daarom rekening kunnen en moeten houden met de omstandigheid dat dit voordeel op enig moment zou kunnen worden beëindigd, althans dat ook voor haar regels gaan gelden voor het gebruik van een leaseauto.

3.1.4.12 Leaseauto inleveren bij ziekte?

Mag de werkgever de leaseauto terugvorderen op het moment dat werknemer ziek is? Deze vraag komt aan bod in de navolgende uitspraak.⁴³

Werkneemster is sinds 2010 in dienst bij werkgever. Op enig moment wordt werkneemster ziek. Na een lange periode van afwezigheid wegens ziekte heeft werkgever haar vervangen. De werkgever wil werkneemster na herstel niet meer laten hervatten in haar oude functie. Onder andere heeft werkgever aangegeven dat werkneemster haar leaseauto moet inleveren bij ziekte. Werkgever heeft aangevoerd dat zij bij het ter beschikking stellen van een leaseauto aan haar verplichtingen heeft voldaan op basis van de concept-gebruikersovereenkomst. Werkneemster heeft aangegeven dat de inhoud van de voorgestelde overeenkomst voor haar een aanzienlijke verslechtering betekent. Zo dient de leaseauto na een maand ziekte te worden ingeleverd. De kantonrechter stelt werkneemster

42 Rb. Rotterdam 15 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10419.

43 Rb. Den Haag 24 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:8373.

in het gelijk. Blijkens de arbeidsovereenkomst is alleen afgesproken dat werkgever een leaseauto ter beschikking stelt voor de duur van de arbeidsovereenkomst. Nadere afspraken hierover zijn niet gemaakt en totdat andersluidende afspraken zijn gemaakt, mag werkneemster de werkgever zich hieraan laten houden.

3.1.4.13 Leaseauto, tankpas en telefoonabonnement

Heeft de werknemer bij ziekte recht op het gebruik van de leaseauto met tankpas en mobiele telefoon? In bepaalde situaties kan zowel de leaseauto met tankpas als de mobiele telefoon worden aangemerkt als arbeidsvoorwaarde en hoeven ze, bijvoorbeeld wanneer de werknemer ziek is, niet te worden ingeleverd.

In een uitspraak⁴⁴ is de werknemer sinds 2002 in dienst bij werkgever. In 2018 heeft werknemer zich ziek gemeld. Twee maanden later heeft de werkgever om teruggave van de aan de werknemer ter beschikking gestelde leaseauto en telefoon verzocht. De werknemer is het hier niet mee eens, waarna de werkgever de leaseauto heeft laten ophalen en de telefoon en tankpas heeft geblokkeerd. Tevens is een deel van het salaris ingehouden, omdat de werkgever een vervangende auto heeft gehuurd. De vragen die voorliggen: zijn de leaseauto met tankpas en de mobiele telefoon arbeidsvoorwaarden geworden, en zo ja, kan de werkgever dan deze arbeidsvoorwaarden eenzijdig wijzigen (lees: inname van de leaseauto met tankpas en telefoon)?

De Hoge Raad heeft in 2018 in de uitspraak *FNV/PontMeyer*⁴⁵ geoordeeld dat het bij de beantwoording van de vraag of tussen werkgever en werknemer een arbeidsvoorwaarde is ontstaan, aankomt op de zin die partijen aan elkaars gedragingen (en daarmee in verband staande verklaringen) hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. In dit verband komt betekenis toe aan gezichtspunten als (1) de inhoud van de gedragslijn, (2) de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen, (3) de lengte van de periode gedurende welke de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd, (4) hetgeen de werkgever en de werknemer in verband met deze gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard of juist niet hebben verklaard, (5) de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien, en (6) de aard en omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd.

Om terug te keren naar de eerste vraag of de leaseauto met tankpas en de mobiele telefoon een arbeidsvoorwaarde zijn geworden, oordeelt de kantonrechter dat de werknemer al vanaf zijn indiensttreding zowel zakelijk als privé gebruik maakt van de leaseauto met tankpas en daarnaast sinds meerdere jaren van het telefoonabonnement en dat er dus sprake is van een bestendig gebruik. Kijkend naar de *PontMeyer*-uitspraak kan gezichtspunt 4 worden ingevuld met wat partijen jarenlang niet tegen elkaar hebben gezegd dan wel verklaard, zodat het binnen de arbeidsverhouding werkgever-werknemer nooit anders is geweest dan dat de werknemer de leaseauto met tankpas en de mobiele telefoon gebruikt. De werknemer hoefde er daarom ook geen rekening mee te houden dat

44 Rb. Midden-Nederland 25 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3624, JAR 2018/228.

45 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, JAR 2018/183.

hij deze zaken zou moeten inleveren. Het zou anders kunnen zijn geweest wanneer de werkgever voorwaarden aan het gebruik had verbonden, bijvoorbeeld onder welke omstandigheden teruggave van de leaseauto aan de orde is, of dat hij de werknemer erop had gewezen dat sprake was van bruikleen in de zin van artikel 7 van de tussen partijen geldende cao. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat het gebruik van de leaseauto, de tankpas en het mobiele telefoonabonnement een arbeidsvoorwaarde is geworden, en voor zover de leaseauto door de werknemer privé werd gebruikt, is sprake van loon ex artikel 7:617 lid 1 onder b BW.

Nu vaststaat dat het gebruik van de leaseauto met tankpas en het mobiele telefoonabonnement een arbeidsvoorwaarde is geworden, is de volgende vraag of deze arbeidsvoorwaarde eenzijdig gewijzigd kan worden? Kunnen deze zaken onmiddellijk worden ingeleverd op het moment dat de werknemer arbeidsongeschikt is? Kijkend naar de *PontMeyer*-uitspraak (gezichtspunt 5) kan worden gezegd dat in de arbeidsovereenkomst geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW is opgenomen. Gekeken wordt dan naar artikel 7:611 BW en het arrest *Stoof/Mammoet*. Heeft de werkgever een goede aanleiding om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen? De werkgever voerde aan dat teruggave van de leaseauto noodzakelijk was vanwege de overname van een ander koeriersbedrijf. Daarbij kwam dat de werknemer volgens de werkgever de auto niet meer nodig had voor de uitvoering van zijn werkzaamheden, omdat hij ziek thuiszat. Deze omstandigheden kunnen echter volgens de rechter geen reden zijn om tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden over te gaan. Allereerst niet, omdat geen sprake was van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid en de werknemer op enig moment zal starten met re-integreren. Daarnaast maakte de werknemer ook voor privédoeleinden gebruik van de auto. Dat is hij tijdens zijn afwezigheid tijdens ziekte blijven doen. Ook de overname van een ander koeriersbedrijf is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen omstandigheid waarin de werkgever als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde. Dit brengt met zich dat naast het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst er evenmin omstandigheden aanwezig zijn waaronder van de werknemer bereidheid kan worden verlangd mee te werken aan aanpassing van zijn arbeidsovereenkomst.

3.1.4.14 *Is een vaste gedragslijn een arbeidsvoorwaarde?*

De vraag of een vaste gedragslijn als een arbeidsvoorwaarde kan worden aangemerkt, laat zich niet in algemene zin beantwoorden. Op basis van de uitspraak *FNV/PontMeyer* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het daarbij aankomt op de betekenis die partijen aan elkaars gedragingen en verklaringen hebben toegekend en mochten toekennen. Daarbij komt betekenis toe aan verschillende gezichtspunten. Van belang kunnen onder meer zijn de inhoud van de gedragslijn, de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie van partijen, de lengte van de periode gedurende welke de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd, en de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien.

In een uitspraak⁴⁶ van de rechtbank Noord-Holland is werknemer sinds 2002 in dienst bij werkgever. Werknemer heeft een leaseauto (ook voor privégebruik) ter beschikking gesteld gekregen. In 2015 krijgt werknemer een nieuwe leaseauto met tevens een berijdersovereenkomst waarin staat dat de Autoregeling 2015 van toepassing is. In de regeling is een zakelijke kilometernorm opgenomen. Beëindiging van deelname van de leaseauto is wanneer werknemer niet meer aan deze voorwaarden voldoet. In 2018 ontvangt werknemer een brief waarin aangegeven wordt dat hij niet meer voldoet aan deze voorwaarde om deel te nemen en dat zijn leaseauto moet worden ingeleverd. De werknemer gaat hier niet mee akkoord. De eerste vraag die van belang is, is of de verstrekking van de leaseauto moet worden gezien als een arbeidsvoorwaarde, en de tweede vraag is of die arbeidsvoorwaarde eenzijdig mocht worden gewijzigd door werkgever.

Kijkend naar de *PontMeyer*-uitspraak (gezichtspunt 5) kan worden gezegd dat de verstrekking van de leaseauto aan werknemer door werkgever vanaf 2004 voor werknemer een wezenlijk onderdeel geworden is van de voordelen die uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeien, met name ook omdat hij de leaseauto privé mag gebruiken. Daarbij komt dat werknemer de beschikking heeft over een tankpas van werkgever, waarmee hij ook de kosten van brandstof voor het privégebruik van de leaseauto mag betalen. Een dergelijk voordeel moet gelet op de aard en de duur daarvan worden aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde. Het maakt daarbij niet uit of dat als een primaire of een secundaire arbeidsvoorwaarde wordt benoemd. Het enkele feit dat de verstrekking van de leaseauto door de werkgever steeds gekoppeld is geweest aan de functie die werknemer vervulde, doet aan het karakter van de arbeidsvoorwaarde niet af. Die koppeling neemt immers niet het voordeel weg van het (privé)gebruik dat werknemer heeft door de verstrekking van de leaseauto.

De eerste vraag wordt dus bevestigend beantwoord, te weten dat de verstrekking van de leaseauto een arbeidsvoorwaarde is. De tweede vraag is dan of die arbeidsvoorwaarde eenzijdig mocht worden gewijzigd door de werkgever. Onder omstandigheden kan een werkgever een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen (art. 7:613 BW). Daarvoor is vereist dat de werkgever bij de wijziging van de arbeidsvoorwaarde een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

In de arbeidsovereenkomst is geen eenzijdige-wijzigingsbeding opgenomen. De kantonrechter oordeelt dat de Autoregeling 2015, en ook de Autoregeling 2018, een schriftelijk beding is dat de werkgever de bevoegdheid geeft de verstrekking van de leaseauto eenzijdig te beëindigen. Een eenzijdige-wijzigingsbeding hoeft niet in de arbeidsovereenkomst zelf te zijn opgenomen.⁴⁷ Dit beding kan ook geldig zijn als het in de Autoregeling 2015 zelf staat. In artikel 12 van de Autoregeling 2015 staat immers dat de werkgever kan bepalen dat de

46 Rb. Noord-Holland 22 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1698; zie ook de bijdrage van S. Sagel, *Maakt gewoonte recht of blijven goede daden onbestraft? Over het ontstaan van arbeidsvoorwaarden door een gedragslijn – enkele lessen uit FNV/PontMeyer*, in: *Deining (liber amicorum voor Sjeff de Laat)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 61 e.v.

47 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570 (*Wegener*).

leaseauto in de daar genoemde gevallen moet worden ingeleverd. Bovendien heeft werknemer de berijdersovereenkomst ondertekend, waarin staat dat de Autoregeling 2015 van toepassing is, en dat die regeling bij ondertekening aan hem is overhandigd. Dat betekent dat de Autoregeling 2015 onderdeel is geworden van de arbeidsovereenkomst. Het eenzijdige-wijzigingsbeding van artikel 12 van de Autoregeling 2015 was dus ook voldoende kenbaar voor werknemer, waarmee eveneens aan de eisen van rechtszekerheid wordt tegemoetgekomen. De kantonrechter oordeelt dat de werkgever een beroep kan doen op het eenzijdige-wijzigingsbeding van artikel 12 van de Autoregeling 2015 en dat hij de verstrekking van de leaseauto aan werknemer mag beëindigen. Er is namelijk voldoende gebleken dat de werkgever daarbij een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

De Autoregeling 2015 is een aanscherping. Artikel 2 geeft aan dat een medewerker alleen in aanmerking komt voor een leaseauto als het aantal te rijden zakelijke kilometers per jaar minimaal 10.000 kilometer bedraagt. Voordien was er geen 'harde' grens en stond toekenning ter beoordeling van de werkgever. In het verlengde daarvan is in artikel 12 bepaald dat de deelname aan de regeling wordt beëindigd als de medewerker minder dan 10.000 zakelijke kilometers per jaar rijdt. Een dergelijke bepaling ontbrak in eerdere regelingen. De zwaarwegende reden voor de wijzigingen in de Autoregeling 2015, en het innemen van de leaseauto van werknemer, is gelegen in de noodzaak om het kostenniveau terug te dringen. Verder voert werkgever aan dat een aantal regionale kantoren in 2015 een negatief resultaat heeft. Daarbij wordt een teruggang in inkomsten verwacht en moet hij daarop anticiperen door een kostenverlaging in te voeren. Werkgever heeft maatregelen getroffen om het kostenniveau omlaag te brengen. Onder andere de wijziging in de Autoregeling 2015 is daar een onderdeel van. De kantonrechter oordeelt dat werkgever een voldoende zwaarwegende reden heeft om de wijziging in de Autoregeling 2015 en de beëindiging van de verstrekking van de leaseauto aan werknemer door te voeren. De beëindiging van de verstrekking van de leaseauto aan werknemer leidt ook tot een aanzienlijke besparing voor werkgever. De Autoregeling 2015 leidt daarnaast ook overigens tot verdergaande besparingen, omdat minder medewerkers dan voorheen in aanmerking komen voor verstrekking van een leaseauto. Dit belang van werkgever is zodanig zwaarwegend dat het belang van werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Werknemer voldoet niet meer aan de criteria van de Autoregeling 2015 voor toekenning van een leaseauto. Werknemer rijdt minder dan 10.000 zakelijke kilometers per jaar en de leaseauto is niet (meer) gekoppeld aan zijn functie. Werknemer heeft ook geen of alleen nog een zeer beperkt belang bij de leaseauto voor zakelijk gebruik. Daarbij kan werknemer, incidenteel als dat nodig is, gebruik maken van een bedrijfsauto van werkgever. Gelet op de Autoregeling 2015 mocht werknemer er ook niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat hij de leaseauto zou mogen behouden als hij deze niet meer nodig had voor zijn functie en zijn werkzaamheden. Werknemer was er immers mee bekend dat de verstrekking van de leaseauto door werkgever kon worden beëindigd als niet meer werd voldaan aan de criteria van de Autoregeling 2015. Het belang van werknemer bij behoud van de leaseauto is met name gelegen in het feit dat hij de leaseauto ook privé mag gebruiken en dat hij nu geen kosten hoeft te maken voor de aanschaf en het gebruik van een eigen auto. Daarbij

weegt de kantonrechter ook mee dat werkgever aan werknemer een afbouwregeling heeft aangeboden voor een periode van twee jaar. De kantonrechter concludeert dat werkgever met toepassing van het hiervoor genoemde eenzijdige-wijzigingsbeding van de Autoregeling 2015 de verstrekking van de leaseauto aan werknemer mocht beëindigen, zij het dat werkgever daarbij de afbouwregeling moet toepassen.

3.1.4.15 Een arbeidsvoorwaarde na 31 jaar wijzigen

Onder omstandigheden kan een werkgever ook na een periode van 31 jaar de arbeidsvoorwaarde wijzigen. De kantonrechter heeft in een zaak⁴⁸ geoordeeld dat werknemer na 31 jaar geen recht meer heeft op het gebruik van een Leaseauto volgens de geldende toekenningscriteria van de werkgever.

In de arbeidsovereenkomst is overeengekomen in 1988 dat werkneemster een leaseauto ter beschikking gesteld krijgt. De Arcadis-cao is van toepassing en hierin is bepaald dat in overleg met de COR een Mobiliteitsregeling is vastgesteld die onder andere voorziet in het gebruik van leaseauto's. In deze regeling is bepaald dat een werknemer in aanmerking kan komen voor een leaseauto wanneer per kalenderjaar structureel meer dan 15.000 dienstkilometers worden gereden. In mei 2018 is het structureel aantal gereden dienstkilometers verhoogd naar 17.500 per kalenderjaar. Werkneemster vraagt 29 juni 2018 een nieuwe leaseauto aan en vermeldt daarbij dat zij verwacht 5000 zakelijke kilometers te gaan rijden. Werkgever stemt hier niet mee in. Werkneemster geeft aan dat de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde met betrekking tot de ter beschikking gestelde leaseauto niet rechtsgeldig is. De kern is de vraag of de werkneemster haar leaseauto na 31 jaar mag behouden, en zo nee, of de voorgestelde compensatieregeling redelijk is.

De eerste vraag die van belang is, is of de verstrekking van de leaseauto moet worden gezien als een arbeidsvoorwaarde waarop werkneemster op grond van haar arbeidsovereenkomst recht heeft, en indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dient beoordeeld te worden of de werkgever gerechtigd was om die arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen. Met betrekking tot de eerste vraag heeft de Hoge Raad in 2018 in de uitspraak *FNV/PontMeyer*⁴⁹ geoordeeld dat het bij de beantwoording van de vraag of tussen werkgever en werknemer een arbeidsvoorwaarde is ontstaan, aankomt op de zin die partijen aan elkaars gedragingen (en daarmee in verband staande verklaringen) hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. Kijkend naar gezichtspunt 5 uit het arrest *PontMeyer* kan worden gezegd dat vanaf 9 juni 1988 werkneemster de beschikking krijgt over een leaseauto. Voorts dat werkneemster sinds 1988 steeds de beschikking heeft gehad over een leaseauto (dan wel 'poolauto' in de periode april 2012-april 2013), die zij ook privé (met bijtelling en eigen bijdrage) mag gebruiken. Werkneemster heeft een groot financieel belang bij het gebruik van een leaseauto, omdat zij immers geen eigen auto hoeft aan te schaffen en te onderhouden. De kantonrechter is van oordeel dat de verstrekking van

48 Rb. Gelderland 26 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1168.

49 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, JAR 2018/183.

de leaseauto voor werknemster een wezenlijk onderdeel is van de voordelen die voortvloeien uit haar arbeidsovereenkomst, met name vanwege het privégebruik. Een dergelijk voordeel moet gelet op de aard en de duur daarvan worden aange-merkt als een arbeidsvoorwaarde.

Werkgever heeft deze arbeidsvoorwaarde zonder instemming van werknemster, en dus eenzijdig, gewijzigd. De tweede vraag die moet worden beantwoord, is of werkgever tot deze eenzijdige wijziging mocht overgaan.

Onder omstandigheden kan een werkgever een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen (art. 7:613 BW). Daarvoor is vereist dat de werkgever bij de wijziging van de arbeidsvoorwaarde een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. In de arbeidsovereenkomst is geen eenzijdige-wijzigingsbeding opgenomen.

In artikel 1.2.3 van de Mobiliteitsregeling 2018 in samenhang met paragraaf 6.2 van deze regeling is echter een specifiek op de verstrekking van leaseauto's gericht wijzigingsbeding opgenomen. Het beding heeft betrekking op wijziging van de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in dezelfde regeling als die waarin het beding voorkomt. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Arcadis van toepassing en de Mobiliteitsregeling is onderdeel van die cao. Dat het wijzigingsbeding niet in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, doet aan de geldigheid daarvan niet af, nu het beding is opgenomen in de Mobiliteitsregeling, die onderdeel uitmaakt van de cao en tot stand is gekomen met instemming van de COR van Arcadis. Met de incorporatie van deze mobiliteitsregeling in de arbeidsovereenkomst is naar het oordeel van de kantonrechter voldoende tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid, die voortvloeien uit het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:613 BW. De Mobiliteitsregeling is onderdeel van de arbeidsovereenkomst van werknemster en wordt voldoende kenbaar geacht. De Mobiliteitsregeling bevat een schriftelijk beding, dat werkgever (mogelijk) de bevoegdheid geeft de terbeschikkingstelling van de leaseauto eenzijdig te beëindigen in het geval niet aan de toekenningscriteria wordt voldaan. Of werkgever het ter beschikking stellen van een leaseauto mag beëindigen, moet beoordeeld worden aan de criteria van artikel 7:613 BW. Niet kan worden volstaan met toepassing van de toekenningscriteria zoals vermeld in de Mobiliteitsregeling, nu toepassing in het onderhavige geval een wijziging in de arbeidsvoorwaarde van werknemster met zich mee zou brengen. Dient werknemster de wijziging van haar arbeidsvoorwaarde op de voet van artikel 7:613 BW te accepteren? Is er sprake van een zwaarwichtig belang van de werkgever ex artikel 7:613 BW? Het gaat om een belangenafweging. Is het belang van de werkgever ten opzichte van het belang van de werknemer zodanig zwaarwichtig, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever?⁵⁰

Het belang van de werkgever is dat de (wijzigingen van de) Mobiliteitsregelingen voortvloeien uit de CAO Arcadis, tot stand gekomen met instemming van de COR, zodat toepassing van de Mobiliteitsregeling (en daarmee het wijzigingsbeding) in overeenstemming is met de eisen van goed werkgeverschap. Werk-

50 Zie ook HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1870.

gever heeft er groot belang bij dat hij een evenwichtig en uniform beleid voert ten aanzien van het ter beschikking stellen van leaseauto's, op basis waarvan zijn werknemers gelijk worden behandeld. In de Mobiliteitsregeling staan duidelijke toekenningscriteria, die voor iedere werknemer te raadplegen zijn. Werkgever wenst de kosten voor leaseauto's in relatie te houden met de uitgeoefende functie en wil met betrekking tot 'mobiliteit en milieu' maatschappelijk vooruitstrevend zijn, door het gebruik van leaseauto's zo veel als mogelijk tegen te gaan. Werkgever heeft werkneemster een redelijke overgangsregeling aangeboden, mede gelet op het beperkte financieel belang van werkneemster bij behoud van de leaseauto. Bovendien was werkneemster (in ieder geval vanaf april 2012) op de hoogte van de toekenningscriteria voor een leaseauto, zodat zij er rekening mee had moeten houden dat zij geen nieuwe leaseauto zou krijgen.

Daartegenover staat het belang van werkneemster bij het behoud van een leaseauto. Dit belang bestaat hoofdzakelijk uit het privégebruik van de auto, alsmede het 'zorgeloos kunnen rijden', zonder geconfronteerd te worden met aanschaf-, benzine- en onderhoudskosten. De kantonrechter oordeelt dat de omstandigheden van werkgever, afgezet tegen het belang van werkneemster bij behoud van de leaseauto, een voldoende zwaarwegend belang oplevert in de zin van artikel 7:613 BW. Dit belang van werkgever is zodanig zwaarwegend dat het belang van werkneemster daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken, met dien verstande dat werkgever op grond van goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW wel gehouden is een financiële compensatie te betalen voor 'het verlies' van de leaseauto na 31 jaar.

3.1.5 Reiskostenregeling woon-werkverkeer

De hoofdregel van het overeenkomstenrecht is dat eenzijdige wijziging van een overeenkomst niet mogelijk is. Wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden uit de arbeidsovereenkomst vinden slechts plaats door aanbod en aanvaarding van beide partijen. Dit houdt dus in dat het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden niet door een eenzijdige rechtshandeling van een van beide partijen kan geschieden.

In de hiernavolgende uitspraak⁵¹ is werknemer sinds 2001 in dienst van de werkgever. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf van toepassing. De werkgever betaalde de werknemer vanaf 2004 een aantal jaren een reiskostenvergoeding voor woon-werkverkeer. Per 2007 wordt deze regeling eenzijdig door de werkgever gewijzigd om deze in overeenstemming te brengen met de cao, dit onder aanbieding van een afbouwregeling. Sindsdien past de werkgever de in de cao opgenomen reiskostenregeling toe. De werknemer voert aan dat hij recht heeft op de in 2004 overeengekomen reiskostenvergoeding. De kantonrechter stelt vast dat de hoofdregel van het overeenkomstenrecht is dat eenzijdige wijziging van een overeenkomst niet mogelijk is. In de arbeidsovereenkomst is geen eenzijdige-wijzigingsbeding opgenomen. De toetsingsmaatstaf is dan artikel 7:611 BW. Onder verwijzing naar het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest is de kantonrechter van oordeel dat deze

51 Rb. Arnhem (ktr.) 28 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD5244, JAR 2008/195.

wijziging van werklocatie al was voorzien in de overeengekomen reiskostenregeling ('Hengelo of Enschede'), zodat deze wijziging redelijkerwijs niet kan leiden tot wijziging van de reiskostenregeling. Andere wijzigingen zijn niet gesteld, een beroep op artikel 7:611 BW slaagt niet. Het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW wordt eveneens verworpen, omdat niet is gebleken van ongelijke beloning. Op grond van vaste rechtspraak⁵² kan, ook ingeval werknemers gelijke arbeid in gelijke omstandigheden verrichten, zonder dat voor een verschil in beloning een objectieve rechtvaardigingsgrond valt aan te wijzen, dit niet zonder meer tot de slotsom leiden dat zij een gelijke beloning behoren te krijgen. De rol van de vakbond en de ondernemingsraad, die akkoord zijn gegaan met eenzijdige wijziging van de reiskostenregeling, brengt niet mee dat de werknemer geacht wordt gebonden te zijn aan de wijziging. De kantonrechter oordeelt dat de reiskostenregeling niet eenzijdig kan worden gewijzigd, omdat daar onvoldoende grond voor is.

3.1.5.1 Nieuwe fiscale wetgeving

Dat de werknemer zich niet kan beroepen op nieuwe fiscale wetgeving wordt duidelijk in de navolgende uitspraak.⁵³

De werknemer is sinds 1989 in dienst van de werkgever. In de arbeidsovereenkomst is geen eenzijdige-wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW opgenomen. Werkgever hanteerde een arbeidsvoorwaardenreglement waarin een regeling is opgenomen die betrekking heeft op reiskosten woon-werkverkeer. De werknemer krijgt een reiskostenvergoeding die nagenoeg overeenkomt met de forfaitaire niet-belaste reiskostenvergoeding woon-werkverkeer, die de Belastingdienst tot 1 januari 2004 toepast. Op 1 januari 2004 verandert de fiscale wetgeving. De forfaitaire vergoeding vervalt en in de plaats komt de mogelijkheid dat de werkgever aan zijn werknemers een maximale belastingvrije reiskostenvergoeding toe kan kennen van € 0,19 per feitelijk afgelegde kilometer. De werkgever is vanaf 1 januari 2004 een reiskostenvergoeding blijven uitkeren gelijk aan de forfaitaire belastingvrije vergoeding. Werknemer voert aan een vergoeding te willen ontvangen conform deze fiscale wijziging, omdat deze voordeliger is dan de forfaitaire vergoeding. De kantonrechter oordeelt dat het uitreiken van het arbeidsvoorwaardenreglement aan werknemer onvoldoende is. In het arbeidsvoorwaardenreglement waarmee werknemer zich akkoord heeft verklaard, worden geen bedragen genoemd, maar staat dat de reiskosten woon-werkverkeer op basis van de vrijgestelde reiskostenvergoeding volgens de handleiding loonbelasting en premieheffing worden vergoed. De fiscale wetgeving (en de daarmee samenhangende handleidingen) van vóór en na 1 januari 2004 verschilt weliswaar, maar er moet van worden uitgegaan dat de wetgeving ook na 2004 redelijk is gebleven voor werkgevers en werknemers. Na 1 januari 2004 is sprake van een regeling die aan de werkgevers de mogelijkheid geeft aan de werknemers een maximale belastingvrije vergoeding toe te kennen van € 0,19 per feitelijk afgelegde kilometer. Ze mogen de belastingvrije vergoeding niet hoger maken dan € 0,19 per kilometer, maar wel lager. In het 'oude' artikel 7.1 van het arbeidsvoorwaardenreglement komt het woord forfaitair niet voor. Er is geen aanwijzing te

52 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:BD5244, JAR 2004/68.

53 Rb. Almelo 27 juni 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN2894.

vinden dat ten minste een vergoeding moet worden voldaan die de fiscus nadien maximaal belastingvrij toestaat. De daadwerkelijk uitgekeerde reiskostenvergoeding komt in 2006 voor werknemer neer op afgerond € 0,10 per feitelijk gereden kilometer. Niet is in te zien waarom werkgever gehouden zou kunnen worden om op basis van het arbeidsvoorwaardenreglement en de fiscale wetgeving van na 1 januari 2004 aan werknemer de maximale belastingvrije kilometervergoeding toe te kennen. Hetgeen vanaf januari 2004 maandelijks aan werknemer als reiskostenvergoeding is voldaan, is niet in strijd met het arbeidsvoorwaardenreglement waarop hij zich beroept, noch met de vigerende wetgeving.

3.1.5.2 Wijziging standplaats en reiskostenvergoeding

Dient een werknemer een voorstel tot eenzijdige wijziging omtrent zijn standplaats en reiskostenvergoeding met grote financiële gevolgen, nadat de bestaande regeling 33 jaar lang is toegepast, in redelijkheid te accepteren? Deze vraag wordt in de navolgende uitspraak⁵⁴ beantwoord.

De werknemer is sinds 1976 in dienst van de werkgever als chauffeur. In de arbeidsovereenkomst is geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW opgenomen. Overeengekomen is dat werknemer de vrachtwagen mee naar huis mag nemen. De reistijd woon-werkverkeer wordt uitbetaald als overwerk. De regeling woon-werkverkeer wordt per 2010 gewijzigd. De chauffeurs dienen in eigen tijd en op eigen gelegenheid naar en van de parkeerplaats van de vrachtwagen te gaan. Er wordt een kilometervergoeding verstrekt over de werkelijk gereden afstand. Na overleg met de vakbonden komt er eerst een overgangsregeling. Hier betreft het de vraag of de werkgever heeft mogen besluiten om de standplaats van werknemer en de daarmee samenhangende reistijd- en reiskostenvergoeding te wijzigen. De kantonrechter oordeelt als eerste dat het mee naar huis mogen nemen van de vrachtwagen en het aanmerken van de reizen woon-werkverkeer als (over)werktijd ‘een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde is’. Hierbij is van belang dat de werknemer ruim 28 jaar lang de vrachtwagen mee naar huis heeft mogen nemen. Nu vaststaat dat de arbeidsovereenkomst noch de cao een eenzijdige-wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW bevat, moet aan de hand van de door de Hoge Raad op dit punt ontwikkelde criteria⁵⁵ worden beoordeeld of partijen bij de totstandkoming en implementatie van bedoeld besluit c.q. besluiten zich als goed werkgever respectievelijk goed werknemer hebben gedragen als bedoeld in artikel 7:611 BW. Er was formeel geen voorstel gedaan door de werkgever, maar er is wel tussen partijen overleg geweest. Was het voorstel van de werkgever redelijk? Werkgever heeft een zwaarwegend en redelijk belang bij de wijziging, dat gelegen is in een forse besparing van brandstof- en loonkosten, en daarbij het efficiënter benutten van de beschikbare rijtijd van de chauffeurs. Na de overgangsregeling betekent de eenzijdige wijziging voor werknemer een maandelijkse inkomstensteruggang. Van de werknemer kan in redelijkheid niet worden gevergd dat hij het voorstel aanvaardt, gelet op de duur van het dienstverband (33 jaar), de hoogte van het inkomen en

54 Rb. Rotterdam 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU3335.

55 Vgl. HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, NJ 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*), HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0513, NJ 2004/138 (*Drie-S/Mammoet*) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

de leeftijd van werknemer (57 jaar). Met de overgangsregeling dient werknemer wel akkoord te gaan, omdat dan het inkomensnadeel minder is. Partijen worden in de gelegenheid gesteld om te overleggen over een ruimhartiger compensatie voor werknemer.

3.1.5.3 *Incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst*

Het kan voorkomen dat in een arbeidsovereenkomst geen eenzijdige-wijzigingsbeding is opgenomen, maar wel een incorporatiebeding. Een incorporatiebeding kan bijvoorbeeld bepalen dat de desbetreffende cao van toepassing is verklaard op de arbeidsovereenkomst die partijen met elkaar hebben afgesloten. Kan van een werknemer worden verlangd dat hij akkoord gaat met een eenzijdige wijziging van de reiskostenvergoeding van een geïncorporeerde cao? Deze vraag doet zich voor in de navolgende uitspraak van het gerechtshof Arnhem.⁵⁶

De werknemer is sinds 1995 als chauffeur in dienst bij werkgever. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Beroepsgoederenvervoer (BGV) middels het in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding van toepassing. Eind 2004 sluit de vestiging van werkgever in Leeuwarden vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. Een sociaal plan met de vakbonden wordt overeengekomen. Met het oog op de oudere chauffeurs heeft werkgever een transportpool opgericht, waarin werknemer vanaf 1 juli 2005 is gaan participeren, als gevolg waarvan hij bij werkgever in dienst kon blijven. Met betrekking tot deze transportpool hebben werkgever en de vakbonden aanvullende collectieve afspraken gemaakt, die worden gehecht als Bijlage II aan het sociaal plan. Artikel 5 van Bijlage II bepaalt dat artikel 39 CAO BGV niet van toepassing is. Werknemer heeft vanaf 1 juli 2005 op basis van artikel 39 CAO BGV declaraties voor extra reiskosten en reistijd woon-werkverkeer ingediend. Deze declaraties worden niet gehonoreerd door werkgever omdat artikel 39 CAO BGV niet van toepassing is voor degenen die deelnamen aan de transportpool. Het gerechtshof Arnhem oordeelt dat Bijlage II niet kan worden aangemerkt als cao, omdat niet aan artikel 3 Wet CAO is voldaan en niet is ondertekend. Middels het in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding is de CAO BGV van toepassing. In dat tijdvak was de CAO BGV niet algemeen verbindend verklaard. Dat houdt in dat partijen van de CAO BGV afwijkende afspraken kunnen maken. Werknemer heeft ingestemd met tewerkstelling in de transportpool. Werknemer heeft betwist dat partijen in dat kader over de vergoeding van de reiskosten en reistijd nadere afspraken hebben gemaakt. Nu niet is gesteld of gebleken dat de wijziging van de reiskostenregeling conform Bijlage II voor 1 juli 2005 met werknemer is besproken en/of Bijlage II voor 1 juli 2005 aan de gemachtigde van werknemer is toegezonden, kan uit het enkele feit dat werknemer ermee heeft ingestemd deel te gaan uitmaken van de transportpool, niet worden afgeleid dat hij tevens (stilzwijgend) met de vastgelegde reiskostenvergoeding in Bijlage II heeft ingestemd. Van werknemer kan worden verlangd dat de nieuwe reiskostenvergoedingsregeling op hem van toepassing is ondanks het ontbreken van het eenzijdige-wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW. Werkgever heeft op basis van *Stooff/Mammoet* terecht aangetoond dat er in het kader van het behoud van werkgelegenheid voor oudere werknemers

⁵⁶ Hof Arnhem 26 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW9698 (ND Logistics Nederland/werknemer).

‘gewijzigde omstandigheden’ op het werk waren. Het voorstel was redelijk en kon in alle redelijkheid van werknemer worden gevegd. Tevens speelt mee dat werknemer lid is van de FNV, welke partij met Bijlage II heeft ingestemd.

3.1.5.4 Eenduidige toepassing van reiskostenregeling

In de navolgende uitspraak⁵⁷ wenst de werkgever een eenduidige toepassing van de reiskostenregeling. Het gerechtshof Amsterdam oordeelt dat dit geen zwaarwichtig belang is om de arbeidsvoorwaarde eenzijdig te kunnen wijzigen. De werknemer hoefde geen eenzijdige wijziging van de reiskostenregeling te accepteren.

Werknemer is sinds 1992 als buschauffeur in dienst bij de rechtsvoorganger van werkgever. Met werknemer zijn afwijkende afspraken gemaakt inzake de reiskostenregeling. Deze afspraken wijken af van de CAO Vervoer. Nadat in 2006 de wijze van declareren en uitbetalen van reiskosten ter discussie komt te staan, wordt de werknemer minder opgeroepen om te komen werken. Werknemer vordert het uitbetalen van achterstallig loon. Het gerechtshof Amsterdam oordeelt dat de werknemer de wijziging van de reiskostenregeling niet hoefde te accepteren. De wens van werkgever om te komen tot een eenduidige toepassing van de reiskostenregeling binnen de organisatie van werkgever is een onvoldoende zwaarwichtig belang voor een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Dat de werkgever daarbij een afbouwregeling heeft getroffen, brengt geen wijziging in het oordeel van het hof.

3.1.5.5 Zwaarwichtig belang voor eenzijdige wijziging

De kantonrechter Gelderland⁵⁸ oordeelt dat ING Bank Personeel B.V. een dusdanig zwaarwichtig belang heeft bij het wijzigen van de regeling Binnenlandse Dienstreizen dat de individuele belangen van de werknemer hiervoor moeten wijken. ING Bank Personeel voert hiertoe een drietal argumenten aan, in samenhang met de betrokkenheid van de COR, die ingestemd heeft met de wijziging van de regeling.

De werknemer is sinds 1978 in dienst bij de rechtsvoorganger van ING. In een brief van 2009 gericht aan werknemer is bevestigd dat de bestaande getekende arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaat in een arbeidsovereenkomst met ING Personeel VOF. In de personeelsgids van ING is de regeling Binnenlandse Dienstreizen opgenomen. Deze regeling wordt in 2017 gewijzigd. Dit houdt in dat het woon-werkverkeer niet meer in mindering hoeft te worden gebracht op de reiskostenvergoeding en op de declaratie binnenlandse dienstreizen en dat de vergoeding van € 0,29 per kilometer voor binnenlandse dienstreizen is verlaagd naar € 0,19 per kilometer. Werknemer voert aan dat de eenzijdige wijziging van de regeling zakelijke dienstreis niet rechtsgeldig is. De kantonrechter komt tot het oordeel dat de regeling Binnenlandse Dienstreizen is opgenomen in de personeelsgids van ING. ING heeft met een wijzigingsbeding de bevoegdheid om

57 Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4659.

58 Rb. Gelderland (ktr.) 28 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5797 (werknemer/ING Bank Personeel B.V.).

daarin wijzigingen aan te brengen, die in de arbeidsovereenkomsten met meerdere werknemers doorwerken. Werknemer is gebonden aan het eenzijdige-wijzigingsbeding en mocht er niet van uitgaan dat hij gedurende zijn gehele dienstverband aanspraak zou kunnen blijven maken op dezelfde vergoeding van onkosten. Alle omstandigheden van het geval dienen te worden meegewogen om te kijken of sprake is van een zwaarwichtig belang aan de zijde van ING.

Het financiële belang van de werknemer bij instandhouding van de vorige regeling is € 946,80 per jaar. Het belang van ING bij wijziging is: de vergoeding komt in lijn met de fiscale wet- en regelgeving, tegemoetkoming aan de wens van werknemers om het declaratieproces te vereenvoudigen, en de vrije ruimte van de werkkostenregeling kan worden ingezet voor andere vergoedingen. Daarbij heeft de COR ingestemd met de wijziging, ook nadat een compensatieregeling is aangeboden. Aan werknemer is deze regeling ook aangeboden, ondanks dat hij er niet onder valt. Daarnaast kan werknemer met het openbaar vervoer reizen, dat volledig wordt vergoed. Deze argumenten in samenhang met de betrokkenheid van de COR leiden tot het oordeel dat ING een dusdanig zwaarwichtig belang heeft bij het doorvoeren van de wijziging van de regeling dat het individuele belang van de werknemer bij handhaving van de oude regeling moet wijken.

3.1.6 Lijn in de rechtspraak

De lijn in de (lagere) rechtspraak ten aanzien van het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden bedrijfsauto, leaseautoregelingen en reiskostenregelingen is mijns inziens als volgt:

1. Aanleidingen die de werkgever over het algemeen aanvoert voor de wijziging van deze arbeidsvoorwaarden zijn:
 - slechte bedrijfseconomische omstandigheden. De werkgever heeft een financiële noodzaak voor kostenbesparing;
 - de (lease)autoregeling/het vervoersbeleid van de organisatie verandert dan wel wordt niet voortgezet. Wat vaak inhoudt dat de leaseauto dan wel de bedrijfsauto die bij indiensttreding ter beschikking wordt gesteld, en dus min of meer gekoppeld is aan de oorspronkelijke (buitendienst)functie, bij een functiewijziging (vaak een binnendienstfunctie) moet worden ingeleverd. Andere voorbeelden van wijzigingen in de leaseautoregeling die voor de werkgever aanleiding zijn om tot wijziging over te gaan: wanneer de standplaats van de werknemer verandert of de toekenningscriteria voor een leaseauto wijzigen door bijvoorbeeld het invoeren van een zakelijke kilometernorm;
 - de wens om de arbeidsvoorwaarden na reorganisatie, fusie of overgang van onderneming te harmoniseren.
2. De impact van de wijziging voor de werknemer is voornamelijk gelegen op het financiële terrein. Wanneer de werkgever geen, of niet voldoende, financiële tegemoetkoming (ontoereikende compensatie) dan wel een passende afbouwregeling/overgangsregeling heeft aangeboden aan de werknemer, vormt dit voor de werknemer een financiële aderlating. Dit geldt te meer als de werknemer de leaseauto dan wel bedrijfsauto ook voor privédoeleinden (al dan niet met een kostendekkende eigen bijdrage) mag gebruiken.
3. De rechtsgrondslag waaraan de wijziging wordt getoetst, is veelal artikel 7:613 BW bij aanwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding. Bij afwezigheid

van een eenzijdige-wijzigingsbeding wordt getoetst aan artikel 7:611 BW en de beoordelingsmaatstaf uitgewerkt in *Van der Lely/Taxi Hofman* respectievelijk *Stoof/Mammoet*.

4. Redenen van afwijzing voor de wijziging van de arbeidsvoorwaarden door (kanton)rechters zijn veelal:
 - Werkgever heeft niet zodanig/onvoldoende zwaarwichtig belang ex artikel 7:613 BW voor de wijziging van de arbeidsvoorwaarde dat de belangen van de werknemer die door de wijziging worden geschaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarvoor dienen te wijken.
 - Er is geen sprake van gewijzigde omstandigheden bij de werkgever.
 - Werkgever heeft geen redelijk voorstel voor wijziging aangeboden. Op het moment dat een werkgever geen (voldoende) financiële tegemoetkoming (toereikende compensatie) noch een passende afbouwregeling c.q. overgangsregeling zowel in duur als in financiële zin aanbiedt, vormt dit een reden voor afwijzing.
 - Gelijke behandeling met andere werknemers vormt geen reden voor wijziging van de arbeidsvoorwaarden.
 - Er is geen financiële noodzaak tot het innemen van de leaseauto.
 - De wens van werkgever tot harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden rechtvaardigt in de meeste gevallen geen eenzijdige wijziging.
 - De wens van werkgever om aansluiting te zoeken bij een landelijk leaseautobeleid vormt geen zwaarwichtig belang.
 - In sommige situaties heeft de COR niet ingestemd met het voorstel van de werkgever om de arbeidsvoorwaarde te wijzigen dan wel in te trekken; dit kan worden gezien als een extra indicatie dat geen sprake is van een zwaarwichtig belang van de werkgever.
 - Werkgever heeft onvoldoende laten meewegen in de belangenafweging dat het privégebruik van een leaseauto een beloningscomponent vormt voor de werknemer.
 - De omstandigheid van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid van de werknemer, waardoor werknemer de leaseauto niet meer kan gebruiken, vormt geen reden voor de werkgever om over te gaan tot het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarde.

3.1.7 Conclusie vervoersregelingen

Dat werkgevers maar lastig de leaseautoregeling of de reiskostenregeling (eenzijdig) kunnen wijzigen, blijkt wel uit de vele uitspraken van de (kanton)rechters. Het belang van de werknemer bij het behoud van de leaseauto dan wel de reiskostenregeling weegt vaak zwaarder dan het belang van de werkgever.

In situaties dat partijen geen eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW met elkaar zijn overeengekomen, is het nog maar zeer de vraag op basis van artikel 7:611 BW en de toetsingsmaatstaf uit het arrest *Stoof/Mammoet* in wiens voordeel (de werkgever dan wel de werknemer) dit zal uitpakken.

Gelet op de actuele situatie van de coronapandemie (anno 2020) zullen de ontwikkelingen op het gebied van eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst met betrekking tot vervoersregelingen elkaar waarschijnlijk in hoog tempo opvolgen.

3.2 Inleiding onkostenregelingen

Bij een **onkostenregeling** komt al gauw de vraag aan de orde of deze (gedeeltelijk) aangemerkt kan worden als verkapt loon. Vaak wordt de onkostenvergoeding door de werkgever aan de werknemer verstrekt onder algemene titel. Soms wordt een onkostenvergoeding toegekend onder een specifieke noemer, bijvoorbeeld ter vergoeding van telefoonkosten. Dit laatste doet zich voor in een zaak bij de rechtbank Utrecht op 23 maart 2011.⁵⁹

De werkgever hanteert in zijn onderneming een regeling voor de vergoeding van kosten van telefoon en internet. Ook voor thuisgebruik. De cao bepaalt dat deze regeling met instemming van de ondernemingsraad gewijzigd kan worden. Nadat uitgebreid overleg heeft plaatsgevonden met de ondernemingsraad wordt de regeling aangepast. Echter, twee werknemers gaan niet akkoord met de versoering van hun telefoonkostenregeling. De kantonrechter oordeelt als eerste dat de bevoegdheid tot het wijzigen van de regeling rechtstreeks voortvloeit uit de cao, waaraan beiden zijn gebonden. Hierna komt aan de orde of de werkgever een zodanig zwaarwegend belang heeft bij de wijziging van de telefoonkostenregeling dat het belang van de werknemers bij handhaving daarvoor moet wijken ex artikel 7:613 BW. De kantonrechter oordeelt dat dit inderdaad het geval is. Hierbij speelt mee dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met de wijziging van de telefoonkostenregeling. Ten slotte wordt het beroep op de onaanvaardbaarheid van de wijziging op basis van artikel 6:248 lid 2 BW (de zwaardere maatstaf) afgewezen.

In sommige gevallen zijn de onkostenvergoedingen, die werknemers jarenlang krijgen toegekend, niet opgenomen in de arbeidsovereenkomst of in een cao. Zijn deze onkostenvergoedingen dan wel te beschouwen als arbeidsvoorwaarden? De rechtbank Rotterdam⁶⁰ krijgt deze vraag voorgelegd op 13 juli 2018.

Linde Gas heeft met de vakbonden, waaronder de FNV, een ondernemings-cao gesloten waarin de arbeidsvoorwaarden zijn geregeld voor de bij Linde Gas werkzame werknemers. De cao bevat geen regeling voor de vergoeding van een oproep tijdens consignatiedienst. In de periode 2001-2007 kregen werknemers van de vestiging IJmuiden die tijdens een consignatiedienst worden opgeroepen boven op een vergoeding voor de gewerkte uren standaard twee uur extra uitbetaald. De reizen werden als overwerkuren vergoed. Op het moment dat een tweede werknemer werd opgeroepen voor deze consignatiedienst ontving de tweede werknemer ook de consignatievergoeding. Per 1 januari 2007 heeft Linde Gas deze onkostenvergoeding ten nadele van de werknemer gewijzigd.

De rechtbank Rotterdam verwijst naar het *Pont Meyer*-arrest, waarin de Hoge Raad een aantal gezichtspunten heeft geformuleerd voor de beoordeling van de vraag wanneer een aan een werknemer toegekend voordeel het karakter heeft (gekregen) van arbeidsvoorwaarde:

59 Rb. Utrecht 23 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP7701, JAR 2011/125.

60 Rb. Rotterdam (ktr.) 13 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5543. Zie ook Sagel 2019, p. 61 e.v.

‘De vraag wanneer uit een door de werkgever jegens de werknemer gedurende een bepaalde tijd gevolgd gedragslijn voortvloeit dat sprake is van een tussen partijen geldende (de arbeidsovereenkomst aanvullende) arbeidsvoorwaarde, laat zich niet in algemene zin beantwoorden. Het komt aan op de zin die partijen aan elkaars gedragingen (en in verband daarmee staande verklaringen) hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. In dit verband komt betekenis toe aan gezichtspunten als (i) inhoud van de gedragslijn, (ii) de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen, (iii) de lengte van de periode gedurende welke de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd, (iv) hetgeen de werkgever en de werknemer in verband met deze gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard of juist niet hebben verklaard, (v) de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien, en (vi) de aard en de omvang van de kring van de werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd.’

Kijkend naar het laatste gezichtspunt van het *PontMeyer*-arrest is de kantonrechter Rotterdam van oordeel dat de toegekende vergoedingen voor een oproep tijdens consignatiedienst als arbeidsvoorwaarden deel zijn gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst tussen Linde Gas en de werknemers van de vestiging IJmuiden die consignatiediensten verrichten of als tweede man worden geraadpleegd of opgeroepen tijdens consignatiedienst. Voor dit oordeel worden de volgende feiten en omstandigheden van belang geacht:

1. De vergoedingen zijn toegekend aan alle werknemers van Linde Gas IJmuiden die consignatiediensten verrichten of als tweede man worden geraadpleegd of opgeroepen, en niet aan één enkele werknemer.
2. De vergoedingen zijn toegekend vanaf 2001 over een zeer lange periode van ruim vijftien jaar.
3. Het systeem van de salarisadministratie is ingericht op de toekenning van de vergoedingen.
4. De geregistreerde uren en de extra twee uur per oproep worden op de urenstaten ingevuld en door het management goedgekeurd.
5. De uren en de hieraan gekoppelde vergoedingen zijn op de urenstaten en salarisstroken zichtbaar.
6. De HR-medewerkers van Linde Gas moeten op de hoogte zijn geweest van de vergoedingen.

Gelet op deze omstandigheden is de kantonrechter van oordeel dat de werknemers van Linde Gas IJmuiden die consignatiedienst verrichten, althans als tweede man worden geraadpleegd of opgeroepen, erop mochten vertrouwen, althans redelijkerwijze ervan uit mochten gaan, dat zij recht hadden op de toegekende vergoedingen. De kantonrechter acht het dan ook niet van belang dat noch de arbeidsovereenkomst, noch de cao een bepaling bevat over de vergoedingen. Ook het feit dat Linde Gas betwist dat hierover een mondelinge afspraak is gemaakt, staat er niet aan in de weg dat de vergoedingen als arbeidsvoorwaarde deel zijn gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst tussen Linde Gas en de betreffende werknemers.

Nu de vergoeding voor consignatiedienst wordt aangemerkt als arbeidsvoorwaarde, geldt dat deze eenzijdig gewijzigd kan worden met instemming van

de werknemers, of indien sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW en aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan, dan wel indien is voldaan aan de op artikel 7:611 BW gebaseerde dubbele redelijkheidstoets. De werknemers te IJmuiden hebben niet met de wijziging ingestemd, evenmin is aan de in artikel 7:613 dan wel 7:611 BW gestelde voorwaarden voldaan. Derhalve is de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde door de werkgever niet toegestaan.

3.2.1 Conclusie onkostenregelingen

Bij een onkostenvergoeding is vaak aan de orde of (gedeeltelijk) sprake is van verkapt loon. Of onkostenvergoedingen wel of niet moeten worden beschouwd als een arbeidsvoorwaarde is van belang in het arrest *FNV/PontMeyer*. De Hoge Raad overwoog dat het bij de beantwoording van de vraag of tussen werkgever en werknemer een arbeidsvoorwaarde is ontstaan, aankomt op de zin die partijen aan elkaars gedragingen (en daarmee in verband staande verklaringen) hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. In dit verband komt betekenis toe aan een zestal gezichtspunten. Op het moment dat sprake is van een arbeidsvoorwaarde, is de vervolgvraag of deze eenzijdig gewijzigd kan worden. Deze vraag wordt op dezelfde wijze beantwoord als de eenzijdige wijziging van andere arbeidsvoorwaarden.

3.3 Inleiding pensioen

‘Een grote dag voor uw pensioen’, zo kopt de voorpagina van het *NRC Handelsblad* op maandag 6 juli 2020. Het ledenparlement van de FNV stemde 4 juli 2020 in met nieuwe regels voor pensioenfondsen. In het krantenartikel is te lezen dat uiteindelijk na meer dan twintig jaar een politiek-sociale strijd is bezegeld. Het nieuwe pensioen komt er! Is dit een ‘casinopensioen’?

Over pensioenen ontstaat als snel discussie. Pensioen is lastig, zoveel jargon. Het is saai. Sommige mensen kijken misschien uit naar hun pensioen, maar andere geeft het ook een gevoel van onmacht.

Ten aanzien van andere arbeidsvoorwaarden gaat het bij pensioen niet alleen om de rechtsverhouding werkgever-werknemer, maar ook om nog twee andere rechtsverhoudingen, te weten de rechtsverhouding werkgever-pensioenuitvoerder en werknemer-pensioenuitvoerder. Een wijziging van de pensioenovereenkomst speelt zich uitsluitend af tussen werkgever en werknemer. Derhalve zal dit veelal leiden tot een wijziging van de pensioenregeling die een breder bereik heeft, nu daarin ook de rechten en verplichtingen vastliggen van ex-werknemers, waarvan de vaststelling in handen ligt van de pensioenuitvoerder als derde.

Pensioen blijft na het einde van de arbeidsovereenkomst voortbestaan. Immers, pensioen komt pas tot uitdrukking nadat de arbeidsovereenkomst is beëindigd. Na het einde van de arbeidsovereenkomst kan een ex-werknemer gepensioneerd zijn dan wel een zogenoemde slaper zijn. Ten aanzien van pensioen wordt uitgegaan van een niet-uitgewerkte rechtsverhouding met de ex-werkgever na het

einde van de arbeidsovereenkomst. Dit maakt pensioen afwijkend ten opzichte van andere arbeidsvoorwaarden.

3.3.1 Arbeidsvoorwaarden

Arbeidsvoorwaarden zijn de voorwaarden waaronder de werknemer het werk verricht. Deze afspraken bevinden zich op individueel niveau (de arbeidsovereenkomst), bedrijfsmatig niveau (de personeelsovereenkomst) en/of collectief niveau (de cao). De ondernemingsraad heeft ingevolge artikel 27 lid 1 onder a WOR instemmingsrecht ten aanzien van een voorgenomen besluit van de werkgever tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering. Een definitie van de pensioenovereenkomst vinden we in de Pensioenwet (PW): 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen'. Hieruit blijkt dat pensioen de arbeidsvoorwaarde is.

Een pensioenovereenkomst kan onderdeel uitmaken van een arbeidsovereenkomst of de cao, of kan in een aparte overeenkomst zijn opgenomen. De PW stelt geen nadere vormvereisten aan de pensioenovereenkomst. Op het moment dat de werkgever met zijn werknemers een pensioenovereenkomst afsluit, gaat hij tegelijk de verplichting aan om de uitvoering van deze pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioenuitvoerder (art. 23 PW). Voorbeelden hiervan zijn een ondernemingspensioenfonds, een verzekeraar of een bedrijfstakpensioenfonds. Zo'n pensioenuitvoerder stelt een pensioenreglement op waarvan de inhoud in overeenstemming dient te zijn met datgene wat is opgenomen in de pensioenovereenkomst. Wordt de pensioenovereenkomst gewijzigd, dan houdt dit vaak in dat tevens het pensioenreglement gewijzigd moet worden. Uiteraard is het omgekeerde ook van toepassing. Een wijziging in het pensioenreglement betekent ook een aanpassing van de pensioenovereenkomst. Dit houdt dus in dat wijzigingen van de pensioenregeling op twee niveaus plaatsvinden.

3.3.2 De pensioendriehoek; drie rechtsverhoudingen

Bij een wijziging van de pensioenregeling is het van belang om helder voor ogen te hebben om welke rechtsverhouding het gaat. Het gaat om drie rechtsverhoudingen die met elkaar de pensioendriehoek vormen. Ten eerste is er de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer die met elkaar een pensioenovereenkomst sluiten. Ten tweede is er de rechtsverhouding tussen werkgever en de pensioenuitvoerder die met elkaar een uitvoeringsovereenkomst sluiten. Ten slotte is er de rechtsverhouding tussen de werknemer die aan de pensioenregeling deelneemt en de pensioenuitvoerder die de pensioenregeling uitvoert. Deze rechtsverhouding wordt (mede) geregeerd door het pensioenreglement dat de pensioenuitvoerder heeft opgesteld. In een pensioenreglement staan onder andere rechten en verplichtingen van de werknemer ten aanzien van de pensioenuitvoerder.

3.3.3 Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden

Werkgever en werknemer kunnen met wederzijds goedvinden de arbeidsvoorwaarden wijzigen. Op het moment dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden eenzijdig wil wijzigen (dus zonder instemming van de werknemer), voorziet de wet in de mogelijkheid daartoe, indien een wijzigingsbeding schriftelijk is overeengekomen in de desbetreffende overeenkomst (art. 7:613 BW).

3.3.4 Het eenzijdige-wijzigingsbeding

Het eenzijdige-wijzigingsbeding wordt schriftelijk overeengekomen tussen werkgever en werknemer en is vaak in de arbeidsovereenkomst opgenomen. Echter, artikel 7:613 BW stelt niet de eis dat, wil sprake zijn van een wijzigingsbeding als bedoeld in dit artikel, dit beding ook nog moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst.⁶¹ Dit eenzijdige-wijzigingsbeding geeft de werkgever de bevoegdheid de in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen. De wetgever heeft strikte randvoorwaarden aan het gebruik van het eenzijdige-wijzigingsbeding gesteld. Gevolg van dit beding is dat de werknemer die het beding is overeengekomen geen individuele instemming hoeft te verlenen voor het wijzigen van de pensioenregeling. Om die reden dient er dan ook sprake te zijn van een zodanig zwaarwichtig belang voor de werkgever dat het belang van de werknemer bij de eenzijdige wijziging in redelijkheid en billijkheid daarvoor moet wijken.

3.3.5 Geen wijzigingsbeding

In sommige situaties is er geen eenzijdige-wijzigingsbeding, al dan niet in een arbeidsovereenkomst, opgenomen. Kan de werkgever dan ook komen tot het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden? Artikel 7:613 BW is dan niet van toepassing. De Hoge Raad beoordeelt de eenzijdige wijziging dan op basis van goed werkgever- en werknemerschap ex artikel 7:611 BW. In dit artikel is opgenomen dat de werkgever en werknemer zich als goed werkgever c.q. goed werknemer behoren te gedragen. De toets voor wijziging op grond van goed werkgever- en werknemerschap komt voort uit de jurisprudentie.⁶² Bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding is de werknemer in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, met inachtneming van de verplichting uit artikel 7:611 BW.

In de arresten *Van der Lely/Taxi Hofman* en – later – *Stoof/Mammoet* is bepaald dat een goed werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Dat wordt niet anders als het

61 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, JAR 2011/108 (*Monsieurs c.s./Wegener*). Zie ook hoofdstuk 1 van dit boek voor een uitvoerige bespreking van *Monsieurs c.s./Wegener*.

62 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, NJ 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen. Indien hiervan sprake is, wordt een goed werknemer dus geacht in te stemmen met een voorgestelde wijziging. De Hoge Raad heeft ook aangegeven dat artikel 7:613 BW 'veeleer' betrekking heeft op wijzigingsvoorstellen die niet slechts voor één werknemer gelden, maar voor meerdere werknemers.

3.3.6 Wijzigen van een pensioenovereenkomst

Het wijzigen van de pensioenovereenkomst (de rechtsverhouding werkgever-werknemer) is grotendeels vergelijkbaar met het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden in de arbeidsovereenkomst. De hoofdregel is dat beide partijen akkoord moeten gaan met de wijziging om deze uiteindelijk rechtsgeldig te laten zijn. Artikel 19 en 20 PW gaan over de wijziging van de pensioenovereenkomst.

Artikel 19 PW is op 1 januari 2007 in werking getreden.⁶³ Dit artikel bepaalt dat de werkgever de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer kan wijzigen als de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang aan de kant van de werkgever dat een aantasting van het belang van de werknemer als gevolg van de wijziging daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Deze bepaling is afgeleid van artikel 7:613 BW, te weten het eenzijdige-wijzigingsbeding bij arbeidsvoorwaarde. Uit de definitie van de pensioenovereenkomst volgt dat er ook nog andere mogelijkheden van wijzigingen zijn. Immers, de definitie stelt dat het moet gaan om hetgeen tussen werkgever en werknemer is overeengekomen. Dit houdt in dat niet iedere werknemer dan ook echt ten aanzien van de pensioenovereenkomst een individueel aanvaardings- dan wel instemmingsrecht bij de wijziging hoeft te hebben. Via een incorporatiebeding kan een pensioenovereenkomst die opgenomen is in een cao onderdeel uitmaken van de arbeidsovereenkomst.

Artikel 20 PW bepaalt dat in geval van wijziging van de pensioenovereenkomst (al dan niet met inachtneming van het eenzijdige-wijzigingsbeding) de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde aanspraken niet worden gewijzigd, tenzij er sprake is van waardeoverdracht of een korting van de pensioenaanspraken en pensioenrechten door het pensioenfonds. De meeste wijzigingen zullen plaatsvinden doordat werkgever en werknemer daarover op individueel respectievelijk collectief niveau overeenstemming bereiken.

3.3.7 Wijzigen van een pensioenreglement

Op het moment dat de pensioenovereenkomst wordt gewijzigd, zal dit tevens gevolgen hebben voor het pensioenreglement. Het pensioenreglement zal dan ook moeten worden gewijzigd. Artikel 35 PW bepaalt dat de pensioenuitvoerder een pensioenreglement vaststelt dat in overeenstemming is met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement. In

63 Zie Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, JAR 2013/300, r.o. 3.17 (ten tijde van het Harmonisatiebesluit op 6 september 2006 gold de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW), de PW trad in werking op 1 januari 2007) en HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134.

de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder staan dus regels hoe het pensioenreglement kan worden aangepast.

3.3.8 Negatieve optie

Van een negatieve optie is sprake op het moment dat er een stilzwijgende aanvaarding van het aanbod tot wijziging van de pensioenregeling is ex artikel 3:37 BW. In sommige situaties schrijft de werkgever alle werknemers die deelnemen aan de pensioenregeling een aangetekende brief waarin de wijziging wordt voorgesteld. Daarbij wordt aangegeven dat de werknemers worden geacht met de wijziging te hebben ingestemd, tenzij zij binnen een bepaalde termijn schriftelijk bezwaar tegen de wijziging maken. Het is van belang dat de werkgever de werknemers adequaat heeft geïnformeerd, ook reeds in het traject voorafgaand aan verzending van de aangetekende brief waarmee de instemming (behoudens bezwaar) wordt verkregen.⁶⁴

3.3.9 Instemmings- en adviesrechten op grond van de WOR

Heeft een werkgever een ondernemingsraad en is sprake van een verzekerde pensioenregeling, dan heeft de ondernemingsraad ingevolge artikel 27 WOR een instemmingsrecht omtrent het aangaan, intrekken en wijzigen van een pensioenovereenkomst en op sommige punten inzake de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder. Op het moment dat de ondernemingsraad instemt, kan de werkgever richting individuele werknemers schermen met de reeds afgegeven instemming door de ondernemingsraad. Bij een pensioenregeling die is ondergebracht bij een verplicht gesteld pensioenfonds heeft de ondernemingsraad geen instemmingsrecht. Dit wordt ingegeven door het feit dat werknemers reeds zeggenschap hebben via het bestuur van het pensioenfonds (art. 100-102 PW). De instemming van de ondernemingsraad vervangt echter niet de instemming van de individuele werknemers in het kader van het wijzigen van de pensioenovereenkomst en dus de pensioenregeling. De individuele instemming van de werknemers zal dus ook moeten worden verkregen, tenminste als er geen sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding voor de werkgever of een andere in het reglement en/of de uitvoeringsovereenkomst opgenomen uitzondering op het instemmingsvereiste. Als de bij een verzekeraar ondergebrachte pensioenovereenkomst onderdeel uitmaakt van de cao, komt de ondernemingsraad evenmin aan bod, net zomin als de individuele werknemers, inclusief de ongebonden werknemers, als er sprake is van een incorporatiebeding. Hiervan is echter geen sprake als de cao slechts de minimumvoorwaarden bevat waaraan de pensioenregeling moet voldoen en die de basis vormen voor een door de werkgever, met instemming van de ondernemingsraad en de individuele werknemers, nader uit te werken pensioenregeling. Op het moment dat de verzekeraar dwingendrechtelijk is gehouden om het pensioenreglement in

64 Zie ook par. 3.3.12.

overeenstemming te brengen met wet- en regelgeving komen de ondernemingsraad, de werkgever en de individuele werknemers niet aan bod.⁶⁵

3.3.10 Pensioenrechtspraak

Uit het arbeidsrecht kennen we veel uitspraken waarin de discussie over de (eenzijdige) wijzigingsleer van arbeidsvoorwaarden wordt gevoerd. Het gaat dan met name om de verhouding tussen de artikelen 7:613, 6:248 lid 2, 6:258 en 7:611 BW (goed werkgever- en werknemerschap), waarop de *Taxi Hofman*-regel is gebaseerd en die verder uitgewerkt is in *Stoof/Mammoet*. In het kader van het eenzijdig wijzigen van pensioenregelingen is ook nog artikel 19 PW van toepassing. Naast een schriftelijk vastgelegde bevoegdheid tot eenzijdige wijziging is een zwaarwichtig belang vereist. Zwaarwichtige belangen kunnen bestaan uit bedrijfseconomische, bedrijfstechnische en bedrijfsorganisatorische omstandigheden. Daarbij kan worden gedacht aan de omstandigheid dat de werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert of een financieel belang heeft bij de wijziging om ook op langere termijn een bedrijfseconomisch verantwoorde situatie in stand te houden. Of de redenen (op zichzelf of samengenomen) kwalificeren als zwaarwichtig zal moeten worden beoordeeld op grond van ‘alle omstandigheden van het geval’. Dat aan het vereiste van een zwaarwegend belang zware eisen worden gesteld, werd nogmaals duidelijk in diverse uitspraken. Teneinde te kunnen ontdekken of er een bepaalde lijn zit in de uitspraken van (kanton)rechters over pensioen, zal hieronder rechtspraak aan de orde komen die sinds 2008 over pensioen is geweest. Daarna volgt een conclusie met betrekking tot pensioen.

3.3.10.1 Rechtspraak 2008-2010

Gedurende de periode 2008-2010 werden vele zaken waarbij het ging om het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden, waaronder pensioenregelingen, door de (kanton)rechters getoetst aan de hand van de artikelen 7:611 en 6:248 lid 2 BW alsmede aan artikel 6:258 BW. Dit, als er geen eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen. Deze ‘verouderde’ rechtspraak heeft grotendeels zijn waarde verloren.⁶⁶ Een aantal zaken uit deze periode zal summier worden besproken.

Het gerechtshof Arnhem oordeelde op 26 augustus 2008⁶⁷ dat een regeling voor vervroegde pensionering die als gevolg van de inwerkingtreding van gewijzigde fiscale wetgeving voor pensioenen niet meer aan de fiscale vereisten voor pensioenregelingen voldeed, eenzijdig mocht worden gewijzigd door de werkgever. Het belang van de werknemer bij ongewijzigde handhaving van de regeling moest in die situatie wijken voor het belang van de werkgever bij wijziging, gezien de

65 Zie ook A.W. Rutten, Het wijzigen van de pensioenregeling, *ArbeidsRecht* 2013/8; B.F.M. Evers & H.M.J. van den Hurk, Het wijzigen van een pensioenregeling, *Loonzaken* 2018/3; P.A. Hogewind-Wolters & A.H.B. Balm, Hoe zit het met het (nieuw) arbeidsrecht?, *ArbeidsRecht* 2015/2. Zie ook hoofdstuk 2 van dit boek over instemmings- en adviesrechten op grond van de WOR.

66 Zie ook hierover uitvoeriger hoofdstuk 1.

67 Hof Arnhem 26 augustus 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH1421, PJ 2009/47.

financiële gevolgen die voortzetting van de regeling zou hebben. Dit gold temeer nu ook hier de ondernemingsraad met de wijziging had ingestemd.

De kantonrechter Haarlem oordeelde op 17 december 2008⁶⁸ over een eenzijdige wijziging waarbij een eenzijdige-wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst ontbrak. De werkgever wenste een in het verleden gemaakte fout bij de berekening van de werkgeverspremie te herstellen. De wijziging werd getoetst aan artikel 6:248 lid 2 BW en mocht worden hersteld.

In een uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 april 2009⁶⁹ had de werkgever de pensioenregeling gewijzigd in verband met gewijzigde fiscale wet- en regelgeving. Het hof oordeelde dat door die gewijzigde regelgeving geen aanspraak op onverkorte nakoming van de pensioenovereenkomst ten opzichte van de werkgever kon worden gemaakt. De pensioenregeling was opgenomen in een pensioenovereenkomst. De werknemer had niet ingestemd met het zonder meer intrekken van deze regeling. De eisen voortvloeiend uit artikel 7:611 BW betekenden dat, gegeven het oordeel dat onverkorte nakoming van de pensioenovereenkomst onmogelijk was, de aanspraken niet zonder meer kwamen te vervallen. Beoordeeld moest worden wat redelijk en billijk was. De werkgever had het nadeel van de werknemer niet gecompenseerd, waardoor het hof oordeelde dat de pensioenregeling ten onrechte was gewijzigd.

In een zaak bij de kantonrechter Utrecht van 13 mei 2009⁷⁰ was in een individuele pensioenovereenkomst het pensioensysteem gewijzigd van een uitkeringsovereenkomst ('middelloon') naar een premieovereenkomst. De werknemer vorderde nakoming van de oorspronkelijke overeenkomst. De rechter stelde de werknemer in het gelijk na toetsing aan de artikelen 6:258, 6:248 lid 2 en 7:611 BW. De toetsing aan artikel 7:611 BW deed de rechter aan de hand van het arrest *Stoof/Mammoet*.⁷¹

3.3.10.2 *Rechtspraak bij instemming vereist bij wijziging van de pensioenregeling*
Doorgaans ligt in de praktijk het initiatief van de wijziging van arbeidsvoorwaarden bij de werkgever. In de situaties dat er geen eenzijdige-wijzigingsbeding (ex art. 19 PW dan wel art. 7:613 BW) is overeengekomen, is (individuele) instemming van de werknemer vereist. Op het moment dat de wijziging gunstig is voor de werknemer zal het verkrijgen van zijn instemming waarschijnlijk niet tot grote problemen leiden. Echter, als de wijziging een verslechtering is van de pensioenregeling, dan is het verkrijgen van toestemming van de werknemer vaak lastiger. In de navolgende uitspraken gaat het erom dat instemming vereist is bij de wijziging van een pensioenovereenkomst.

68 Rb. Haarlem (ktr.) 17 december 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG8039, PJ 2009/18.

69 Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BM3571, PJ 2009/187.

70 Rb. Utrecht (ktr.) 13 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI3516, PJ 2009/115.

71 Ander voorbeelden: Rb. Utrecht 2 februari 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP2283; Rb. Utrecht 13 juli 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR0802.

De Hoge Raad heeft zowel in het CZ-arrest van 12 februari 2010⁷² als in het Halliburton-arrest van 23 april 2010⁷³ randvoorwaarden gegeven voor het rechtsgeldig wijzigen van een pensioenovereenkomst. Hierbij gaat het met name om de vraag of is ingestemd met de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde. Bij de beantwoording van deze vraag kunnen alle omstandigheden van het geval een rol spelen en gaat het niet zozeer om ‘ondubbelzinnige instemming’.

Het CZ-arrest betrof het beëindigen van een pensioenregeling waaraan buitendienstmedewerkers pensioenopbouw over provisie-inkomsten ontleenden. Daarbij zou waardeoverdracht naar een andere regeling worden gerealiseerd. De Hoge Raad oordeelde dat de beëindiging van de pensioenregeling een wijziging van de arbeidsovereenkomst inhoudt waarvoor een daartoe strekkende nadere overeenkomst tussen de werkgever en werknemer vereist was. In dat verband was het vertrouwensbeginsel van artikel 3:37 BW van belang. De werkgever mocht er slechts op vertrouwen dat een werknemer had ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhielden, indien de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging was verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mocht worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging had ingestemd. Of de werknemer met de wijziging had ingestemd, hing af van alle feitelijke omstandigheden. Niet was vereist dat de rechter steeds met zoveel woorden zou moeten vaststellen dat de instemming ondubbelzinnig was. De werkgever had de werknemers in een aantal werkbesprekingen geïnformeerd en hen tevens afzonderlijk op de hoogte gesteld van de waarde van hun pensioen. Allen hadden de aanvraag voor de waardeoverdracht voor akkoord ondertekend. Het hof oordeelde dat daardoor de pensioenregeling was beëindigd en de Hoge Raad volgde dit oordeel.⁷⁴

In het Halliburton-arrest oordeelde het hof dat ‘uitdrukkelijke instemming’ van de werknemer was vereist om afwijking van de overeengekomen onvoorwaardelijke indexering te kunnen aannemen. De Hoge Raad heeft dit genuanceerd door aan te geven dat het hof met deze overweging tot uitdrukking heeft gebracht dat Halliburton aan het ‘stilzitten’ van de werknemer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet de betekenis mocht toekennen dat deze had ingestemd met een voorwaardelijke indexering in plaats van een onvoorwaardelijke. Van de werknemer behoefde redelijkerwijs niet te worden gevergd dat hij verifieerde of later toegezonden stukken op het punt van de indexering iets anders inhielden dan voorheen. Halliburton had hem ondubbelzinnig op de voorgenomen wijziging moeten wijzen. Getoetst werd aan de Taxi Hofman-regel uit artikel 7:611 BW.⁷⁵

72 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570, PJ 2010/69, m.nt. A.G. van Marwijk Kooy; JIN 2010/329.

73 HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5262, PJ 2010/157; JAR 2010/127.

74 Zie ook HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2921, NJ 1999/509.

75 Zie ook HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847; Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4223, Prg. 2018/122, m.nt. J.J.M. de Laat; PJ 2018/38, m.nt. H.P. Breuker.

De kantonrechter Rotterdam beoordeelde in een uitspraak van 9 april 2010⁷⁶ of, en zo ja, in hoeverre werknemers door een wijziging van het pensioenreglement van het ondernemingspensioenfonds waaraan zij deelnamen, gebonden waren aan een wijziging van de pensioenovereenkomst. Via het pensioenreglement kon een wijzigingsbeding ten aanzien van de pensioenovereenkomst zonder instemming van de individuele werknemer niet worden geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. De statuten en reglementen maakten deel uit van de arbeidsovereenkomst, maar de werkgever kon niet eenzijdig terugkomen op de pensioenovereenkomst op grond van een wijziging van het pensioenreglement van het pensioenfonds. Onvoldoende was gesteld om te oordelen dat onverkorte handhaving van de pensioenovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn voor de werkgever (art. 6:248 lid 2 BW). Artikel 6:258 BW was eveneens niet van toepassing.

In een arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 19 september 2017⁷⁷ oordeelde het hof dat inzake de vordering van een ex-werkneemster tot handhaving van de eindlooppensioenregeling die in de visie van de werkgever was gewijzigd, geen instemming van de werkneemster met de wijziging kon worden verondersteld. Het hof overwoog dat voor welbewuste instemming noodzakelijk is dat de werknemer is geweest op de concrete financiële consequenties van de wijziging. De werkneemster moest zich een oordeel kunnen vormen omtrent de concrete betekenis van de eenzijdig doorgevoerde wijziging van de pensioenregeling voor de omvang van haar pensioen. De werkgever voerde nog aan dat werkneemster akkoord was gegaan in 2006 met een nieuwe pensioenregeling. De werkgever dient dan te bewijzen dat zij dat welbewust heeft gedaan, dus met kennis van de consequenties voor de omvang van het op te bouwen pensioen.

In een zaak die op 1 maart 2018⁷⁸ bij de rechtbank Oost-Brabant aan de orde was, hebben de werknemers niet (stilzwijgend) ingestemd met een door de werkgever voorgestelde wijziging van de pensioenregeling. De werknemers zijn dus in redelijkheid dan ook niet gehouden die wijziging te aanvaarden.

De vraag of de arbeidsvoorwaarden rechtsgeldig zijn gewijzigd, moet in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een overeenkomst, zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd. Van stilzwijgende instemming kan in de praktijk dan ook slechts sprake zijn als de werkgever heeft voldaan aan zijn informatieverplichting én uit het gedrag

76 Rb. Rotterdam (ktr.) 9 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1756, PJ 2010/137. Zie ook Rb. Alkmaar (ktr.) 8 september 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO1664, PJ 2010/197 en Rb. Almelo (ktr.) 26 oktober 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BO1943, PJ 2010/199.

77 Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4031.

78 Rb. Oost-Brabant 1 maart 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1001; zie ook Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:83.

of verklaringen van de werknemer een welbewuste instemming blijkt (vgl. CZ-arrest van 12 februari 2010). Het verlenen van welbewuste instemming kan, zo blijkt uit dit arrest, in elke vorm geschieden en ook in gedragingen besloten liggen. Welbewuste instemming kan dus impliciet worden verleend. Blijkt uit het gedrag of de verklaringen van de werknemers een welbewuste instemming? Om welbewuste instemming te kunnen aannemen, is echter meer vereist dan enkel stilzitten, zeker in een situatie als de onderhavige, waarbij de werknemers geen termijn is gegeven voor het maken van bezwaar en er kennelijk onduidelijkheid bestond over hun rechtspositie. De werkgever mocht er niet op vertrouwen dat de werknemers stilzwijgend hebben ingestemd met de gewijzigde werknemersbijdrage vanaf 1 januari 2014. Waren de werknemers gehouden om de gewijzigde werknemersbijdrage te aanvaarden? De kantonrechter toetst dit aan de hand van de gehanteerde maatstaf uit het *Stoof/Mammoet*-arrest en oordeelt dat van de werknemers in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij instemmen met het invoeren van een werknemersbijdrage in het pensioen.

3.3.10.3 Rechtspraak bij zwaarwichtig belang ex artikel 7:613 BW

Zoals hierboven is opgemerkt, kan de werkgever op basis van artikel 19 PW een eenzijdige-wijzigingsbeding opnemen in de pensioenovereenkomst. Deze bepaling is afgeleid van artikel 7:613 BW. Inhoudelijk dient de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang te hebben bij de wijziging van de pensioenregeling dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

In de navolgende uitspraken is het de vraag of de werkgever al dan niet een zwaarwichtig belang heeft om tot wijziging van de pensioenregeling daartoe over te gaan.

Op 23 december 2009 oordeelde de rechtbank Rotterdam⁷⁹ over de wijziging van een eindloonregeling naar een beschikbare premieregeling. De rechtbank oordeelde dat de werkgever niet had aangetoond dat de pensioenlasten in de eindloonregeling onbeheersbaar waren geworden en dat ondanks instemming van de ondernemingsraad geen sprake was van een voldoende zwaarwegend belang van de werkgever bij wijziging.

De kantonrechter Alkmaar oordeelde op 8 september 2010⁸⁰ dat de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang had, gelet op zijn financiële situatie, dat hij rechtsgeldig gebruik kon maken van het eenzijdige-wijzigingsbeding. De werkgever had de indexeringsregeling in het pensioenreglement van een onvoorwaardelijke indexering naar een voorwaardelijke indexering gewijzigd. De kantonrechter was van mening dat de werkgever in dit geval geen relevant verwijt gemaakt kon worden van de (financiële) situatie die de wijziging noodzakelijk maakte, waardoor het belang van de werknemers dat door de wijziging werd geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moest wijken. Het gerechtshof

79 Rb. Rotterdam 23 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BZ8981, PJ 2013/82.

80 Rb. Alkmaar (ktr.) 8 september 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO1664, PJ 2010/197. Andere voorbeelden: Rb. Rotterdam 22 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BT1867, PJ 2011/136.

Amsterdam⁸¹ dacht daar anders over. Het vonnis van de kantonrechter werd vernietigd op basis van het feit dat de werkgever een onvoldoende financieel zwaarwichtig belang had.

In een uitspraak van het gerechtshof Arnhem van 15 maart 2011⁸² is er zowel in de arbeidsovereenkomst als in de pensioenovereenkomst een eenzijdige-wijzigingsbeding opgenomen ex artikel 7:613 BW. De werkgever had de pensioenovereenkomst eenzijdig gewijzigd van een eindloonregeling naar een geïndexeerde middelloonregeling en daarbij werd een eigen bijdrage van de werknemers ingevoerd. Een geldige eenzijdige wijziging komt tot stand indien de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang bij de wijziging heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het zwaarwichtig belang moet objectief bepaalbaar zijn. De ondernemingsraad was akkoord gegaan met de wijziging, wat volgens het hof een zwaarwegend belang bij de beoordeling van de redelijkheid van de wijziging opleverde. De werkgever had de financiële gevolgen echter onvoldoende aangetoond.

Rechtbank Noord-Nederland oordeelde op 13 februari 2013,⁸³ in een procedure over de vraag of een werkgever na toetreding tot een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds eenzijdig de premieverdeling tussen werkgever en werknemers kon wijzigen. De werkgever beriep zich op het eenzijdige-wijzigingsbeding en wijzigde de verdeling naar 50/50 conform de cao. De rechtbank oordeelde dat een zwaarwegend belang om te wijzigen ontbrak, omdat de cao geen verplichting tot een premieverdeling inhoudt.

De rechtbank Midden-Nederland heeft op 10 januari 2018⁸⁴ een wijziging van een pensioenregeling aan artikel 19 PW getoetst. De werkgever wilde de pensioenregeling in lijn brengen met de fiscale wetgeving, en wilde de regeling daarnaast toekomstbestendig en marktconform maken. Als onderdeel van de nieuwe pensioenregeling werd ook een (geleidelijke invoering van een) werknemerspremie (eigen bijdrage) ingevoerd voor een werknemersgroep die voorheen geen eigen bijdrage hoefde te betalen. Een eenzijdige-wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:613 BW ontbrak. Het pensioenreglement kende wel een eenzijdige-wijzigingsbeding. De kantonrechter oordeelde echter dat de werkgever geen zwaarwegend belang had aangetoond om tot aanpassing van de werknemerspremie over te gaan.⁸⁵

81 Hof Amsterdam 1 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU4260, PJ 2011/152. Ander voorbeeld: Hof Arnhem 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BU6019, JAR 2011/312.

82 Hof Arnhem 15 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1305, PJ 2011/78.

83 Rb. Noord-Nederland 13 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1430.

84 Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:62. Zie ook M.W. Minnaard, Kroniek Pensioenrechtspraak 2018, A&O 2019, afl. 1, p. 32 e.v.

85 Ander voorbeeld: Hof Arnhem 15 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1305.

3.3.10.4 Het Fair Play-arrest

De rechtsvraag in het Fair Play-arrest⁸⁶ is welke benaderingswijze leidend is voor de beoordeling of de werkgever een zwaarwichtig belang heeft bij het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden conform artikel 7:613 BW.

De relevante feiten waren als volgt. In de arbeidsovereenkomsten van de werknemers in dienst bij Fair Play Centers en Janshen-Hanraths Exploitatie (gezamenlijk FPC) is bepaald dat de pensioenregeling van het Pensioenfonds Metaal en Techniek van toepassing is op de werknemers en dat de pensioenpremies volledig voor rekening van de werkgever komen. De pensioenregeling liep eind 2013 af. FPC wenst deze regeling niet te verlengen, maar door een alternatieve pensioenregeling te vervangen. FPC heeft de groepsondernemingsraad (GOR) in de periode van december 2011 tot en met november 2013 meermaals verzocht in te stemmen met een nieuwe, dan wel aangepaste, pensioenregeling. De GOR heeft deze instemming steeds geweigerd. In december 2013 stemt de GOR uiteindelijk in met het voorstel om de reeds bestaande pensioenregeling te handhaven, maar gefaseerd een werknemersbijdrage in te voeren. Ter compensatie van de nieuwe premielastverdeling ontvingen de werknemers eenmalig een bedrag van (ten hoogste) € 100 bruto. FPC beroept zich op het eenzijdige-wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW. In totaal worden ongeveer 590 werknemers door de doorgevoerde wijziging van de premielastverdeling geraakt. Vijf daarvan stellen zich op het standpunt dat zij een premievrij pensioen zijn overeengekomen en dat FPC geen zwaarwichtig belang had deze arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen. Tussen partijen is in geschil of FPC heeft voldaan aan de voorwaarden die artikel 7:613 BW stelt om de arbeidsvoorwaarde pensioen eenzijdig te wijzigen.

De Hoge Raad oordeelde in r.o. 3.1.3 dat de tekst en strekking van artikel 7:613 BW meebrengen dat wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdige-wijzigingsbeding, de rechter (met inachtneming van alle omstandigheden van het geval) moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is dat het belang van de werknemer op grond van de redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het gaat bij de toepassing van artikel 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het, in het gegeven geval, voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.

In r.o. 3.1.4 geeft de Hoge Raad aan dat de klachten op zichzelf terecht erop wijzen dat het hof in r.o. 3.10-3.15 slechts is ingegaan op de vraag of de door FPC aangevoerde redenen voor de wijziging van de onderhavige arbeidsvoor-

86 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864, JAR 2020/11, m.nt. N. Cancian-van Ballegooien en HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:72. Vindplaatsen parallelzaken: ECLI:NL:HR:2019:1869, ECLI:NL:HR:2019:1867, ECLI:NL:HR:2019:1869 en ECLI:NL:HR:2019:1870; zie ook L.A.J. Kuijpers & R.C. Akkermans, Het eenzijdig wijzigingsbeding na het Fair Play Arrest, TAP 2020/2; J.J.M. de Laat, Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarde(n), TRA 2020/15.

waarde een zwaarwichtig belang opleveren en daarbij de aanwezigheid van dat belang niet, overeenkomstig het hiervoor in r.o. 3.1.3 overwogene, heeft gezien ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde. Het oordeel van het hof moet echter mede worden gelezen tegen de achtergrond van het vaststaande feit dat de wijziging van de arbeidsvoorwaarde in dit geval voor de werknemers een substantiële inkomensachteruitgang betekent omdat de werknemers voortaan een belangrijk deel van de pensioenpremie zelf moeten betalen. Het hof wijst ook met zoveel woorden op dit feit in r.o. 3.16, waar het spreekt van een 'loonoffer' dat FPC van de werknemers vraagt. Daarmee ligt in het oordeel van het hof besloten dat het belang van FPC als werkgever bij de wijziging van de onderhavige arbeidsvoorwaarde, afgezet tegen het belang van de werknemers bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, niet zodanig zwaarwichtig is dat het belang van de werknemers, van wie een 'loonoffer' wordt verlangd, op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het hof heeft daarbij grote betekenis toegekend aan zijn – in cassatie niet bestreden – oordeel dat voor het loonoffer geen bedrijfseconomische noodzaak bestaat. Het hof heeft de hiervoor in r.o. 3.1.3 vermelde maatstaf dus niet miskend.

De Hoge Raad lijkt hiermee niet van de absolute, maar van de relatieve benadering van de zwaarwichtigheidsnorm van artikel 7:613 BW uit te gaan. In de rechtspraak en literatuur zijn er twee benaderingen. De absolute benadering, waarbij de werkgever eerst een zelfstandig zwaarwichtig belang moet aantonen en vervolgens – nadat dat vaststaat – aan de orde kan komen of de belangen van de werknemers daarvoor moeten wijken. In de relatieve leer is dit anders. In de relatieve benadering dient het zwaarwichtig belang van de werkgever te worden vergeleken met het door de wijziging geraakte belang van de werknemer. Dit houdt dus een allesomvattende toets in; het zwaarwichtig belang van de werkgever hoeft niet eerst in absolute zin te worden vastgesteld. Het woord 'zodanig' in artikel 7:613 BW wijst daarop. Hierbij komen aspecten als de (totstandkoming van) toestemming van de ondernemingsraad, een overgangsregeling, minder vergaande alternatieven en een meerderheidsopvatting aan de orde.⁸⁷

Omdat de Hoge Raad kiest voor de relatieve benadering van de toetsingsnorm van het zwaarwichtig belang van artikel 7:613 BW annoteert Cancian-van Ballegooien dat het erop lijkt dat dit dichter bij de toetsingsmaatstaf van artikel 7:611 BW, te weten de driedubbele redelijkheidstoets uit het arrest *Stoof/Mammoet*, wordt gebracht. De tweede toets bij de vraag of het voorstel van de werkgever redelijk is, bestaat uit een afweging van alle omstandigheden van het geval, waarbij de belangen van werknemers al meegewogen worden. Is het voorstel van de werkgever niet redelijk, dan komt men uiteindelijk aan de derde toets (kan wijziging redelijkerwijs van de (individuele) werknemer gevegd worden?) niet toe. Bij zowel artikel 7:613 BW als artikel 7:611 BW dient de werkgever het wijzigingsbelang goed te motiveren en aan te tonen dat de voorgenomen wijziging voldoet aan de eisen van noodzakelijkheid, doeltreffendheid en subsidiariteit.

87 Overeenkomstig het advies van A-G Drijber.

Tevens is er een belangenafweging van de werkgever ten opzichte van de werknemer en gaat het niet om één belang afzonderlijk.⁸⁸

In een recente uitspraak van de kantonrechter van de rechtbank Gelderland van 30 maart 2020⁸⁹ wordt verwezen naar het *Fair Play*-arrest. De relevante feiten waren als volgt. Werknemer kwam voor 1 januari 2001 bij (een rechtsvoorgangster van) Also in dienst. Als onderdeel van de arbeidsverhouding bestond tot 1 januari 2018 tussen partijen een pensioenovereenkomst als bedoeld in de artikelen 1 en 10 PW. De pensioenovereenkomst, waarvan het Pensioenreglement 2012 vanaf 2012 onderdeel uitmaakte, betrof een eindloonregeling zonder eigen bijdrage voor werknemer. Op enig moment zet de werkgever de eindloonregeling om in een middelloonregeling en voert daarbij een werknemersbijdrage over de pensioengrondslag in.

De kantonrechter zet als eerste in r.o. 4.1 uiteen op basis waarvan een eenzijdige wijziging kan plaatsvinden. Niet in geschil is dat partijen zijn overeengekomen dat Also onder bepaalde voorwaarden de bevoegdheid heeft om de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen (art. 27 van het Pensioenreglement 2012). Partijen nemen terecht tot uitgangspunt dat Also die bevoegdheid enkel toekomt indien zij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (zowel art. 27 van het Pensioenreglement 2012 als art. 7:613 BW). De voor eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden vereiste zwaarwegende reden moet objectief bepaalbaar zijn. Er moet zich een objectieve omstandigheid voordoen op grond waarvan van Also in redelijkheid niet kan worden verlangd dat zij de geldende arbeidsvoorwaarden onverkort blijft toepassen. Met andere woorden: een arbeidsovereenkomst kan alleen ten nadele van de werknemer worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.⁹⁰

De kantonrechter vervolgt in r.o. 4.2 dat uit de wetshistorie van de WOR⁹¹ blijkt dat met de invoering van het huidige artikel 7:613 BW is beoogd om de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door werkgevers terug te dringen, waarbij onder meer als uitgangspunt is genomen dat arbeids-

88 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864, JAR 2020/11, m.nt. N. Cancian-van Ballegooien; zie ook hoofdstuk 1 van dit boek voor een uitvoerige bespreking van het *Fair Play*-arrest.

89 Rb. Gelderland 13 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1608. In het *Fair Play*-arrest (JAR 2020/11) liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand dat het belang van de werkgever bij invoering van een werknemersbijdrage niet prevaleerde boven het belang van de werknemer bij behoud van zijn premievrij pensioen. De Hoge Raad liet zich daarbij niet uit over de rol van de ondernemingsraad bij een dergelijke wijziging (JAR 2020/53). Hier geeft de kantonrechter enerzijds aan dat de instemming van de ondernemingsraad zwaar meeweegt, maar blijkt anderzijds dat het belang hiervan beperkt is, omdat de wijziging van de pensioenregeling deels wel en deels niet toelaatbaar wordt geacht, zie r.o. 4.8-4.15.

90 Vgl. HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864.

91 Zie Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21-22 (MvT).

voorwaarden niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd, maar waarbij ook rekening is gehouden met het belang van werkgevers om de arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen. Dit heeft uiteindelijk geleid tot het bepaalde in artikel 7:613 BW, op grond waarvan een werkgever slechts een beroep kan doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Artikel 19 PW is gelijklopend. Zwaarwichtige belangen kunnen bestaan in bedrijfseconomische, bedrijfstechnische en bedrijfsorganisatorische omstandigheden, waarbij te denken valt aan de situatie dat een werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert. Voorts is denkbaar dat een zwaarwichtig belang als bedoeld in artikel 7:613 BW ook kan worden gevormd door een financieel belang om ook op langere termijn een bedrijfseconomisch verantwoordere situatie in stand te houden, waarbij de continuïteit van de onderneming en de belangen van alle werknemers zo veel mogelijk zijn gewaarborgd.⁹² Wanneer de werkgever zich op het bestaan van een zwaarwichtig belang beroept, is het aan de werkgever om dat standpunt deugdelijk te onderbouwen door feiten of omstandigheden aan te voeren waaruit dit kan blijken en, bij betwisting door de werknemer, het bewijs van het bestaan daarvan te leveren.⁹³

De eerste vraag is nu of het belang van Also bij de wijziging in relatie tot het belang van werknemer bij ongewijzigde toepassing van de eindloonregeling zodanig zwaarwichtig is dat het belang van Also naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet prevaleren. Gezien het hiervoor overwogene in combinatie met de aan werknemer aangeboden middelloonregeling en compensatie, kan de door Also gegeven rechtvaardiging naar het oordeel van de kantonrechter als zodanig zwaarwegend worden gekwalificeerd dat het individuele belang van werknemer ten aanzien van de omzetting van de eindloonregeling in de aangeboden middelloonregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

De tweede wijziging die partijen verdeeld houdt, is de invoering van een werknemersbijdrage van 5% over de pensioengrondslag voor werknemer. De kantonrechter oordeelt dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met de invoering van de werknemersbijdrage. Dit levert een aanwijzing op dat sprake is van een zwaarwichtig belang en vormt een zwaarwegend gezichtspunt bij de beoordeling van de redelijkheid van de onderhavige wijziging. Daarmee staat echter nog niet vast dat het belang van Also bij de wijziging dient te prevaleren boven het belang van werknemer. De kantonrechter concludeert uiteindelijk dat de invoering van de werknemersbijdrage voor werknemer niet is gerechtvaardigd. De noodzaak van wijziging van de pensioenovereenkomst van werknemer is op dit punt niet, althans onvoldoende, gebleken. Het belang van Also bij de invoering van de werknemersbijdrage voor werknemer, afgezet tegen het belang van werknemer bij ongewijzigde instandhouding van een pensioenregeling zonder werknemersbijdrage, is niet zodanig zwaarwichtig dat het belang van werknemer,

92 Vgl. Hof Arnhem 15 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1305.

93 Vgl. Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 32.

van wie een loonoffer wordt verlangd, op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van Also.

3.3.11 Pensioen na het einde van de arbeidsovereenkomst

Pensioen blijft na het einde van de arbeidsovereenkomst voortbestaan. Pensioen komt immers pas tot uitdrukking nadat de arbeidsovereenkomst is beëindigd. Na het einde van de arbeidsovereenkomst kan een ex-werknemer gepensioneerd zijn dan wel een zogenoemde slaper zijn. Een slaper is de werknemer die uit dienst is bij de werkgever, maar die nog geen pensioen ontvangt.

Bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst blijft het onderscheid tussen wijziging voor werknemers die deelnemen aan een pensioenregeling en werknemers die uit dienst zijn (gewezen deelnemers⁹⁴ aan de pensioenregeling) van belang. Kan een arbeidsvoorwaarde die na pensionering doorloopt door de ex-werkgever worden gewijzigd? En zo ja, op welke grondslag (art. 3:13, 6:2, 6:248 lid 2, 7:611 of 7:613 BW dan wel art. 19 PW) dient dit dan te gebeuren?

In een situatie waar gepensioneerden opkwamen tegen de beëindiging van de bijdrageregeling oordeelde kantonrechter Utrecht op 3 juni 2009⁹⁵ dat een beroep van de werkgever op ‘goed werknemerschap’ niet kon slagen, omdat geen sprake was van een individuele, maar van een collectieve wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Het feit dat de arbeidsverhouding reeds was beëindigd voordat de bijdrageregeling werd ingetrokken, kon volgens de kantonrechter niet leiden tot de conclusie dat gepensioneerden onverminderd recht behielden op de regeling. Rechten van gepensioneerden kunnen worden aangepast op grond van de artikelen 6:248 lid 2 en 6:258 BW. Daarbij past terughoudende toetsing, omdat het gepensioneerden betreft die zelf geen compenserende maatregelen meer kunnen treffen. De kantonrechter oordeelde voorts dat de bescherming van verworven aanspraken niet zo ver gaat dat de regeling volledig intact dient te blijven, maar slechts voor zover de beëindiging leidt tot een inkomensachteruitgang.

3.3.11.1 Het ECN/OMEN-arrest

Het ECN/OMEN-arrest⁹⁶ gaat over de vraag of een werkgever eenzijdig de pensioenovereenkomst met zijn ex-werknemers (zowel gepensioneerden als slapers) kan wijzigen. Jarenlang werd over deze vraag verschillend gedacht. Volgens sommige auteurs en rechters was de rechtsverhouding tussen de werkgever en zijn ex-werknemers uitgewerkt zodra de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Zij zijn van mening dat het niet mogelijk is zonder instemming van de ex-werknemer

94 De PW geeft een definitie van de gewezen deelnemer: ‘de werknemer of gewezen werknemer door wie op grond van een pensioenovereenkomst geen pensioen meer wordt verworven en die bij beëindiging van de deelneming een pensioenaanspraak heeft behouden jegens een pensioenuitvoerder’.

95 Rb. Utrecht (ktr.) 3 juni 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI8512, PJ 2009/160.

96 HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, PJ 2013/161; JAR 2013/249; J.J.M. de Laat, Omen est nomen. Over wijzigingsbedingen, art. 7:613 BW, art. 6:248 lid 2 en pensioenen, TRA 2013/103; J.S. Engelsman, De reikwijdte van het ECN/OMEN-arrest buiten pensioen, TAP 2014/4. Zie ook het vervolg van ECN/OMEN: Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:608, JAR 2015/130.

de pensioenovereenkomst te wijzigen (uitgewerkte rechtsverhouding).⁹⁷ Andere auteurs en rechters wezen het leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding af.⁹⁸ De Hoge Raad bevestigt in het arrest ECN/OMEN dat een dergelijk leerstuk inderdaad niet bestaat.

De relevante feiten waren als volgt. De werknemers van ECN namen deel aan een pensioenregeling. Op grond van de pensioenreglementen werden de opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten van zowel de gepensioneerden als de slapers jaarlijks geïndexeerd (onvoorwaardelijke indexatieregeling). Eind 2006 besloot ECN de indexatieregeling te wijzigen. Een aantal ex-werknemers stemde hier niet mee in. Met ingang van 1 januari 2007 deelde ECN mee dat de indexatieregeling eenzijdig werd gewijzigd, dit met een beroep op het eenzijdige-wijzigingsbeding opgenomen in pensioenreglementen. Een aantal ex-werknemers kon zich hierin niet vinden en richtte een vereniging op, OMEN. De vereniging startte een procedure bij de kantonrechter en vorderde dat ECN niet bevoegd was de pensioenreglementen eenzijdig te wijzigen voor de ex-werknemers die op 1 januari 2007 niet meer in dienst waren. Daarbij werd gevorderd dat ECN de oude indexatieregeling op de ex-werknemers moest blijven toepassen. De vorderingen van OMEN werden door de kantonrechter afgewezen. Gerechtshof Amsterdam stelde OMEN alsnog in het gelijk. Volgens het hof had ECN geen zodanig zwaarwichtig belang bij de wijziging dat de belangen van de ex-werknemers daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienden te wijken. De toetsingsmaatstaf van het zwaarwichtig belang was die van artikel 7:613 BW en artikel 19 PW.⁹⁹

Het ontbreken van een zwaarwichtig belang was voor OMEN niet het meest verstrekkende verweer. In een eerder tussentijds beroep had OMEN zich beroepen op het leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding, op basis waarvan eenzijdige wijziging van de indexatieregeling helemaal niet aan de orde kon zijn. De Hoge Raad oordeelde dat indien sprake is van pensioenaanspraken, het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet meebrengt dat de pensioenrechtelijke verhouding tussen partijen als ‘uitgewerkt’ zou moeten worden aangemerkt. Volgens de Hoge Raad wordt die rechtsverhouding in dat geval, zij het niet meer in de hoedanigheid van werkgever en werknemer, voortgezet in de pensioenovereenkomst.¹⁰⁰ Volgens de Hoge Raad betekent de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd niet dat de aanspraak op indexatie in de uitkeringsfase van het pensioen onaantastbaar zou zijn geworden. Of die aanspraak kan worden aangetast, was afhankelijk van de wet, de regels die de uit-

97 Zie bijvoorbeeld H.P. Breuker, Wijziging van de pensioenregeling, P&P 2005/7/8 en Hof Amsterdam 26 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BM2881, PJ 2009/130.

98 Hof Arnhem 27 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BE9201, PJ 2008/67; J.M. van Slooten, Uitgewerkte rechtsverhouding als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk, TPV 2012/16; S.A. Kampijon, Het argument van de uitgewerkte rechtsverhouding uitgewerkt?, P&P 2013/1.

99 Ten tijde van het beroep van ECN op het eenzijdige-wijzigingsbeding was de PW nog niet in werking getreden. Toen gold nog de PSW. De PSW bevatte geen maatstaf voor eenzijdige wijzigingen. Het hof liet in het midden of het toetste aan het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW dan wel aan art. 19 PW.

100 Het arrest lag in lijn van Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050 en HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134 inzake Delta Lloyd. Hof Arnhem-Leeuwarden volgde deze lijn in het arrest van 12 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8547.

voering van de pensioenovereenkomst beheersten en van de inhoud van die overeenkomst. Volgens de Hoge Raad gold artikel 19 PW in deze zaak niet, omdat de PW op dat moment nog niet in werking was getreden. De Hoge Raad concludeerde dat voor zover de pensioenreglementen van ECN de bevoegdheid tot wijziging gaven, het gebruik maken van die bevoegdheid slechts werd beperkt voor zover ECN van die bevoegdheid misbruik zou maken (art. 3:13 BW, de lichtere toets) of uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW, de zwaardere 'onaanvaardbaarheidstoets'). Het hof is dus hier van een verkeerde maatstaf uitgegaan.

De Hoge Raad verwerpt het leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding ten aanzien van pensioenaanspraken. Het maakt duidelijk dat het niet per definitie onmogelijk is voor een werkgever om ten aanzien van ex-werknemers eenzijdig wijzigingen door te voeren in pensioenovereenkomsten. Dit betekent niet dat eenzijdige wijzigingen in alle gevallen geoorloofd zijn.

In de volgende drie zaken wordt eveneens verwezen naar het arrest ECN/OMEN indien sprake is van pensioenaanspraken.

De rechtbank Noord-Nederland heeft op 16 mei 2017¹⁰¹ vonnis gewezen over de vraag of een werkgever de bevoegdheid had om een voorwaardelijke indexatieregeling te wijzigen. Dit hield in dat indexatie plaats zou vinden conform de indexatie van het bedrijfstakpensioenfonds Zorg en Welzijn. De werkgever wijzigde de indexatieregeling echter eenzijdig in een indexatieregeling waarbij de werkgever jaarlijks zou beslissen of zou worden geïndexeerd. Het pensioenreglement kende wel een (eenzijdige-)wijzigingsbeding waarin was bepaald dat wijziging mogelijk was, onder andere indien wettelijke regelingen inzake ouderdoms-, nabestaanden- en/of wezenpensioen worden ingevoerd of gewijzigd en indien wettelijke regelingen in brede zin op pensioengebied worden ingevoerd of gewijzigd. In dat verband beriep de werkgever zich op de invoering van de PW en gewijzigde fiscale regels. De rechtbank oordeelde dat de in het reglement gegeven (eenzijdige-)wijzigingsmogelijkheid van de pensioenregeling onderdeel uitmaakte van de pensioenovereenkomst. Daarnaast oordeelde de rechtbank met verwijzing naar ECN/OMEN dat, alhoewel het dienstverband tussen de werkgever en de werknemer ten tijde van de wijziging van het pensioenreglement was geëindigd, zodat formeel geen sprake meer was van een werkgever-werknemerrelatie, juist door het bestaan van de pensioenovereenkomst de rechtsverhouding tussen partijen nog niet was 'uitgewerkt'. Het eenzijdige-wijzigingsbeding kon daarom in beginsel worden toegepast. De rechtbank oordeelde ten aanzien van het concrete gebruik van het wijzigingsbeding door de werkgever echter dat de wijziging van de indexatieregeling niet rechtsgeldig was, mede omdat de werkgever had gecommuniceerd dat er geen inhoudelijke wijzigingen zouden plaatsvinden, hetgeen volgens de rechtbank feitelijk niet juist was.

101 Rb. Noord-Nederland 16 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1698. Zie ook B. Bodewens e.a., *Kroniek Pensioenrecht 2017*, *Advocatenblad* 1 juni 2018, p. 79 e.v.

In het arrest van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 juli 2018¹⁰² ging het om de casus van een pensioenportefeuilleoverdracht van de ene verzekeraar naar een andere met instemming van De Nederlandsche Bank (DNB). Werknemer, die in dienst was van de overdragende verzekeraar, beklaagde zich over de slechtere toeslagbepaling bij de overnemende verzekeraar en stelde dat de toeslagregeling niet rechtsgeldig gewijzigd zou zijn. In hoger beroep ging het om de vraag of sprake was van voldoende zwaarwegend belang van de werkgever. Het hof oordeelde dat de instemming van DNB onverlet laat dat een wijziging getoetst moet worden aan artikel 19 PW. Met andere woorden, of het belang van de ex-werkgever zodanig zwaarwichtig is dat het belang van de ex-werknemer daarvoor moet wijken. Volgens het hof had de ex-werkgever dat onvoldoende inzichtelijk gemaakt.

De rechtbank Noord-Holland heeft op 31 juli 2019¹⁰³ geoordeeld over de vraag of de werkgever gerechtigd was de onvoorwaardelijke indexatietoezegging van de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen. Verder moet worden beoordeeld of Zwitserleven haar zorgplicht heeft geschonden en aansprakelijk is voor de schade die ex-werknemer zal gaan lijden ten gevolge van het voorwaardelijk maken van de toeslagverlening. De kantonrechter neemt tot uitgangspunt dat ten aanzien van de pensioenaanspraken het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen ex-werknemer en werkgever als ‘uitgewerkt’ moet worden aangemerkt (zie ECN/OMEN). Verder overweegt de kantonrechter dat uit artikel 20 PW volgt dat het recht op onvoorwaardelijke indexering van het pensioen van ex-werknemer niet gewijzigd of aangetast kan worden. De kantonrechter ziet geen grond om te oordelen dat het beroep van de werknemer op nakoming van het recht op onvoorwaardelijke indexering en van de (ongewijzigde) pensioenovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zoals bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW.

3.3.11.2 Het ECN/OMEN-arrest buiten pensioen

Het arrest ECN/OMEN maakt een einde aan het leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding ten aanzien van pensioenaanspraken. Echter, er zijn nog andere arbeidsvoorwaarden of regelingen waarop een ex-werknemer (gepensioneerd dan wel slaper) na het einde van de arbeidsovereenkomst aanspraak kan maken. Hierbij kan worden gedacht aan de werkgeversbijdrage in de ziektekosten van gepensioneerden. Tot 1 januari 2006 was het bij veel bedrijven gebruikelijk dat de werkgever een bijdrage in de ziektekosten van zowel werknemers als gepensioneerden betaalde. Per 1 januari 2006 deed de Zvw zijn intrede. Met als gevolg dat werkgevers eenzijdig de werkgeversbijdrage in de ziektekosten wens- ten te wijzigen.¹⁰⁴ Het gemeenschappelijke met pensioen zit in het gegeven dat deze arbeidsvoorwaarden zijn overeengekomen door partijen ten tijde van het sluiten van een arbeidsovereenkomst en bovendien na het einde van de

102 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6545; Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8275; zie voor verwijzing naar ECN/OMEN r.o. 4.20 e.v.

103 Rb. Noord-Holland 31 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6929, PJ 2019/118, m.nt. E. Lutjes.

104 Zie hierover Hof Amsterdam 28 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP1970, JAR 2011/37; Hof Amsterdam 20 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK3978, JAR 2009/283; zie ook Engelsman 2014.

arbeidsovereenkomst nog steeds van kracht zijn. Is de werkgever bevoegd (net zoals bij pensioen) eenzijdig wijzigingen door te voeren in deze arbeidsvoorwaarden die na het einde van de arbeidsovereenkomst van kracht blijven?

Het ECN/OMEN-arrest is door de Hoge Raad beperkt tot pensioenaanspraken. Het richt zich specifiek op pensioenaanspraken en kan dus niet worden gebruikt in andere situaties dan pensioen; dit zal worden betoogd door degenen die de strikte lezing van het arrest hanteren.

In de volgende zaak wordt door het gerechtshof Amsterdam een minder strikte lezing gegeven. Het gerechtshof Amsterdam oordeelde op 12 juni 2012¹⁰⁵ in een procedure tussen de Vereniging gepensioneerden Delta Lloyd c.s. tegen Delta Lloyd en Pensioenfonds Delta Lloyd. Delta Lloyd kende vanaf 1970 een eigen ondernemingspensioenregeling (Pensioenreglement-1970). De inhoud van die pensioenregeling werd aanvankelijk bepaald door de bedrijfstak-cao, maar vanaf 2003 door de ondernemings-cao. In het personeelshandboek stond een eenzijdige-wijzigingsbeding waarin het pensioenreglement en de statuten van het fonds waren opgenomen. In de arbeidsovereenkomsten werd weer verwezen naar het wijzigingsbeding in het personeelshandboek. De vordering hield in dat voor recht zou worden verklaard dat tot 2000 sprake was van een onvoorwaardelijk recht op toeslagen en dat de toeslagbepaling na 2000 onvoorwaardelijk was gebleven. Daarbij kwam dat het wijzigingsbesluit van de statuten van 2006 en het besluit tot wijziging van een onvoorwaardelijke indexatiebepaling per 2011 naar een voorwaardelijke indexatiebepaling niet rechtsgeldig waren genomen. De toeslagregeling bleef derhalve onvoorwaardelijk.

Het Pensioenreglement-1970 kende een onvoorwaardelijke toeslagregeling. Het Pensioenreglement-2000 bevatte een toeslagbepaling die een streven naar een zekere toeslagambitie verwoordde. Deze is tegen de achtergrond van de aangescherpte reserveringsverplichtingen van DNB tegen het licht gehouden en aangepast, opdat geen sprake zou zijn van onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagregelingen onder nieuwe regelgeving. Het hof oordeelde dat deze toeslagbepalingen volgens de objectieve of cao-norm dienden te worden uitgelegd. Over de wijziging per 2011 oordeelde het hof dat het bestuur op grond van de statuten bevoegd was tot wijziging van het pensioenreglement. Het hof kwam vervolgens tot het oordeel dat deze bepaling voorwaardelijk was en dat duidelijke mededelingen daarover aan gewezen deelnemers geen voorwaarde vormden voor de rechtsgeldigheid van totstandkoming van de bepaling. Er was geen sprake van een wijziging door de werkgever, zodat de norm van artikel 7:613 BW niet gold. Het hof stelde in r.o. 3.19 dat:

‘(...) het berust op het onjuiste uitgangspunt dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst iedere contractuele relatie die de werknemer is aangegaan ten tijde en als gevolg van zijn dienstverband – in het bijzonder ook die welke hij aan een pensioenuitkering althans aan het verkrijgen van pensioenaanspraken is gaan ontleen – tot een einde komt. (...)’

¹⁰⁵ Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, JAR 2013/300, m.nt. M. Heemskerk; PJ 2012/19, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer; RAR 2012/123 en bekrachtigd in HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134. Zie ook B. Bodewens e.a., Kroniek Pensioenrecht 2013, Advocatenblad 17 september 2013.

Er hoefde ook niet te worden getoetst aan de norm dat het belang van de werknemer bij ongewijzigde voortzetting van de regeling voor onvoorwaardelijke toeslagverlening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken voor een zwaarwegend belang tot wijziging van de werkgever. Het hof oordeelde ten overvloede dat als die norm zou hebben gegolden, daaraan zou zijn voldaan. Tevens oordeelde het hof dat geen sprake was van een uitgewerkte rechtsverhouding tussen gewezen deelnemers en de werkgever of het pensioenfonds. Ook was in de ogen van het hof geen sprake van misbruik van de wijzigingsbevoegdheid door het Pensioenfonds. De Hoge Raad bekrachtigde op 8 november 2013 dit arrest.

In de volgende uitspraken wordt een ruimere uitleg van het ECN/OMEN-arrest gehanteerd. De uitspraken zien voornamelijk op de eenzijdige wijziging van de werkgeversbijdrage premie ziektekostenverzekering van ex-werknemers.

In Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014¹⁰⁶ inzake Aegon betrof het een eenzijdige wijziging van de bijdrage aan de zorgverzekering ten opzichte van gepensioneerden. De kantonrechter oordeelde dat het ging om een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, zodat moest worden getoetst of Aegon daartoe aanleiding had kunnen vinden, of het voorstel redelijk was, en of aanvaarding van dat voorstel (in het licht van de omstandigheden van het geval) in redelijkheid van de werknemer gevegd kon worden. Het gerechtshof ging, met verwijzing naar het ECN/OMEN-arrest, uit van een niet-uitgewerkte rechtsverhouding. Ten aanzien van de vraag of Aegon de bijdrage zorgverzekering mocht wijzigen ten opzichte van gepensioneerden oordeelde het hof dat aangezien een wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW ontbrak, de kantonrechter terecht had getoetst aan het toetsingskader geformuleerd in het arrest *Stoof/Mammoet*. Omdat het voorstel van Aegon echter onderscheid maakte tussen groepen postactieven en tevens omdat er onvoldoende zwaarwegende redenen voor dat onderscheid werden aangevoerd door Aegon, werd het zowel in eerste aanleg als in hoger beroep onbillijk bevonden.

Het gerechtshof Amsterdam had op 11 maart 2014¹⁰⁷ een tussenarrest gegeven. Aan de orde was een groep van ex-werknemers van ASR die gepensioneerd was tegen ex-werkgever ASR. Het hof had daarbij met verwijzing naar de systematiek (en bewoordingen) in de Wet CAO geoordeeld dat indien bij cao is overeengekomen dat de bijdrage in de premie voor de ziektekostenverzekering voor werknemers vervalt, dit niet betekent dat deze ook automatisch vervalt voor postactieven. Uit het tussenarrest van het hof bleek dat het hof (duidelijk anders dan de Hoge Raad in de zaak ECN/OMEN) in r.o. 4.26 uitging van een uitgewerkte rechtsverhouding:

‘(...) in die zin kan ook worden gesproken van een “bevroren” rechtsverhouding tussen partijen, op de datum van het einde van het dienstverband, die een

106 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1214, PJ 2014/52.

107 Hof Amsterdam 11 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4015; zie ook Hof Amsterdam 26 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5246.

“levenslange” aanspraak op de op dat moment bestaande rechten, te weten een bijdrage in de premie ziektekostenverzekering meebrengt.’

Bij eindarrest van 23 september 2014¹⁰⁸ kwam het gerechtshof Amsterdam (gelet op het ECN/OMEN-arrest) echter terug op zijn beslissing in het tussenarrest en oordeelde dat tussen ASR en de postactieven sprake was van een voortgezette (niet-uitgewerkte) rechtsverhouding. Voor de vraag of de bijdrage aan de ziektekostenverzekering ten opzichte van postactieven gewijzigd kon worden, moest volgens het hof aansluiting worden gezocht bij de wettelijke bepalingen over de arbeidsovereenkomst, namelijk artikel 7:613 BW, niet bij de lichtere toets van artikel 3:13 BW. Artikel 7:613 BW ziet qua bewoordingen, evenals de Wet CAO, uitsluitend op de relatie tussen werkgever en werknemer. Indien dat anders zou zijn, zouden postactieven volgens het hof immers minder rechtsbescherming genieten dan tijdens hun actieve dienstverband. Aan de norm van artikel 7:613 BW werd volgens het hof overigens niet voldaan. Evenmin werd voldaan aan de norm van artikel 6:248 lid 2 BW, zodat de wijziging niet rechtsgeldig werd geacht.

De Hoge Raad oordeelde op 30 januari 2015¹⁰⁹ dat het oordeel van het gerechtshof Amsterdam dat de ex-werkgever gerechtigd was de werkgeversbijdrage premie ziektekostenverzekering aan deelnemers te beëindigen niet onbegrijpelijk is. Het hof had geoordeeld dat het verstrekken van die bijdrage aan gewezen werknemers gekoppeld was aan de aanspraak op een bijdrage van actieve werknemers overeenkomstig de toepasselijke cao en dat dit voor de gewezen werknemers voldoende duidelijk was. De gewezen werknemers mochten er volgens het hof om die reden niet op vertrouwen dat de ex-werkgever zijn bijdrage aan de kosten van een ziektekostenverzekering zou voortzetten in het nieuwe stelsel. De cao bepaalde per 2006 dat actieve werknemers geen aanspraak meer hadden op een werkgeversbijdrage in de kosten van een collectieve ziektekostenverzekering. Door een koppeling met de cao hadden de gewezen werknemers geen recht meer op die bijdrage. Ook was geen sprake van het rechtens te beschermen gerechtvaardigd vertrouwen dat de werkgever de bijdrage levenslang ongewijzigd zou voortzetten.

3.3.12 Informatieverstrekking over de wijziging van een pensioenregeling

Goede en juiste informatieverstrekking door de werkgever bij het wijzigen van een pensioenregeling is van groot belang. Het aspect informatievoorziening bij een wijziging van een pensioenregeling (waardeoverdracht) kwam aan de orde in een arrest van het gerechtshof Den Haag van 16 februari 2016.¹¹⁰

Op 1 januari 1999 was een eindloonregeling gewijzigd naar een premieovereenkomst. Eveneens was er een waardeoverdracht van de opgebouwde pensioenaanspraken naar de nieuwe regeling (premieovereenkomst). De tussenpersoon (adviseur) van de werkgever had destijds de betrokken werknemers geïnformeerd.

108 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4007, PJ 2014/164.

109 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:163, PJ 2015/79; Hof Amsterdam 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2513, PJ 2014/6.

110 Hof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231; HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2227.

De werkgever had instemming verzocht en de betrokken werknemers zijn destijds ook akkoord gegaan met de wijziging. De betrokken werknemers vorderden pensioenschade als gevolg van de waardeoverdracht van opgebouwde pensioenaanspraken in de eindloonregeling naar de premieovereenkomst. Als grondslag van de vordering werd aangevoerd het toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van verplichtingen uit hoofde van goed werkgeverschap, onrechtmatig handelen en onjuiste en onvolledige informatieverstrekking.¹¹¹

De werkgever had de tussenpersoon die destijds adviseerde in vrijwaring opgeroepen. Het gerechtshof Den Haag benadrukte dat een werkgever zorgvuldig moet omgaan met de belangen van werknemers bij een wijziging van arbeidsvoorwaarden zoals een pensioenregeling. Ook oordeelde het hof dat een werkgever, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, moet waarschuwen voor risico's van de wijziging. De werkgever had (via de tussenpersoon/adviseur) wel voldoende informatie gegeven over de wijziging naar de premieovereenkomst, maar niet over de risico's van de waardeoverdracht naar de premieovereenkomst, oordeelde het hof. Door de waardeoverdracht waren de gegarandeerde rechten volgens de eindloonregeling immers omgezet in niet-gegarandeerde rechten. De tussenpersoon/adviseur werd door het hof aansprakelijk geacht voor de als gevolg van het verloren gaan van de garanties geleden pensioenschade, omdat hij onvoldoende op risico's van de waardeoverdracht had gewezen.

Op 31 januari 2017¹¹² oordeelde het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden over een goede en juiste informatieverstrekking bij het wijzigen van een pensioenregeling. Met terugwerkende kracht was met ingang van 1 januari 2005 een wijziging van een eindlooppensioenregeling naar een middellooppensioenregeling met een andere indexatie doorgevoerd. De werknemer was niet bij een voorlichtingsbijeenkomst of een individuele voorlichting aanwezig geweest. Van de periode 2006 tot en met 2008 vonden onderhandelingen plaats over een nieuwe arbeidsovereenkomst, waarna in 2008 een nieuwe arbeidsovereenkomst werd gesloten. In de nieuwe arbeidsovereenkomst was een verwijzing opgenomen naar het geldende pensioenreglement. De werknemer vorderde vanaf 2013 een vergoeding van pensioenschade als gevolg van de wijziging. Het hof oordeelde dat de werknemer uitdrukkelijk had ingestemd met de nieuwe middellooppensioenregeling door ondertekening van een nieuwe arbeidsovereenkomst waarin een verwijzing naar de nieuwe middellooppensioenregeling was opgenomen. Dat de werknemer geen exemplaar van de pensioenregeling ter hand is gesteld, deed hier niet aan af. Voor de periode vanaf de wijziging in 2005 tot en met 2008 oordeelde het hof dat de werkgever van instemming van de werknemer mocht uitgaan, onder meer omdat uitgebreide informatie was gegeven en omdat de werknemer pas in 2013 het standpunt innam dat hij niet zou hebben ingestemd met de wijziging. Een ondubbelzinnige instemming was volgens het hof niet vereist, waarbij verwezen wordt naar een arrest van de Hoge Raad.¹¹³

111 Ander voorbeeld: Hof Den Haag 12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:888.

112 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:797.

113 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:930.

Op 11 april 2017¹¹⁴ oordeelde het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ook over een goede en juiste informatieverstrekking bij het wijzigen van de pensioenregeling. In 1997 had werkgever zijn eindlooppensioenregeling omgezet in een premieovereenkomst. Een aantal jaren later stelt een werknemer een vordering in tot schadevergoeding voor tegenvallende pensioenuitkeringen. Een beroep op verjaring wordt afgewezen. Mede op basis van getuigenverklaringen, die bevestigden dat de informatie in het kader van de wijziging destijds zeer beperkt en onvolledig was, werd door het hof een schadevergoeding wegens strijd met goed werkgeverschap toegekend.

3.3.13 Conclusie pensioen

Op het moment dat pensioen aangeduid kan worden als een arbeidsvoorwaarde zijn in beginsel alle voorwaarden onverkort van toepassing die gelden voor het wijzigen van een arbeidsvoorwaarde. Daarbij komt dat een wijziging van de pensioenovereenkomst zich uitsluitend afspeelt tussen werkgever en werknemer respectievelijk de sociale partners. Derhalve zal dit veelal leiden tot een wijziging van de pensioenregeling die een breder bereik heeft, nu daarin ook de rechten en verplichtingen vastliggen van ex-werknemers (gepensioneerden en slapers) waarvan de vaststelling in handen ligt van de pensioenuitvoerder als derde.

Na het arrest *ECN/OMEN* lijkt de lijn in de jurisprudentie te zijn dat ten aanzien van pensioen van een niet-uitgewerkte rechtsverhouding met de ex-werkgever kan worden uitgegaan. Dit geldt mijns inziens ook voor andere arbeidsvoorwaarden en regelingen buiten pensioen die worden voortgezet na het einde van de arbeidsovereenkomst.

Na het arrest *Fair Play*, waarin de Hoge Raad kiest voor de relatieve benadering van de zwaarwichtigheidsnorm van artikel 7:613 BW, is duidelijk geworden dat een integrale belangenafweging moet worden toegepast en niet langer als uitgangspunt dient te worden gehanteerd dat de werkgever een zwaarwegend belang 'an sich' moet hebben bij de wijziging, alvorens hij toekomt aan de belangenafweging. Onduidelijk is hoe die integrale belangenafweging uiteindelijk zou moeten worden toegepast.

¹¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 11 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3096.

4 Wijziging van arbeidsvoorwaarden bij afwezigheid van een artikel 613-beding

Bas Westerhout*

4.1 Hoe toetst de rechter roosterwijzigingen bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding?

In de van voor het *Stoof/Mammoet*-arrest daterende uitspraak van de kantonrechter Haarlem van 19 februari 2008¹ speelde het volgende.

De eisers in deze zaak werkten sinds 1 januari 2002 volgens de toepasselijke cao in een flexibel dienstrooster van gemiddeld 36 uur per week op vier dagen per week in diensten van negen uren. De overige werknemers werkten in een basisploegenrooster van gemiddeld 40 uur per week. Op enig moment deelde de werkgever mee dat was besloten alle werknemers met ingang van 1 januari 2008 in te roosteren in een basisploegenrooster van gemiddeld 40 uur per week. Omdat de arbeidsvoorwaarden voor eisers daardoor zouden veranderen, was de werkgever bereid een afkoopsom te betalen.

Noch de cao, noch de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers bevatten een beding waarin de werkgever zich het recht had voorbehouden de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen.

In deze zaak vorderden de werknemers bij wijze van voorlopige voorziening veroordeling van de werkgever de toepassing van het 40-urige basisrooster te staken en met terugwerkende kracht over te gaan tot toepassing van het 36-uurs flexibele rooster, dit op verbeurte van een dwangsom.

Allereerst stelde de rechter vast dat de inmiddels doorgevoerde wijziging moet worden aangemerkt als een eenzijdige wijziging van collectieve afspraken. De vraag of deze wijziging ten opzichte van de werknemers geoorloofd was, moest volgens deze kantonrechter – in het pre-*Stoof/Mammoet*-tijdperk – worden getoetst aan artikel 6:248 BW. Dit betekende – aldus de kantonrechter – dat ter beoordeling stond of instandhouding van het flexibele dienstrooster naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor de werkgever onaanvaardbaar zou zijn. Toepassing van het *Taxi Hofman*-criterium, zoals door beide partijen impliciet bepleit, achtte de kantonrechter niet aan de orde, omdat de daarin gegeven maatstaven naar het oordeel van deze kantonrechter alleen van toepassing waren op wijziging van individuele afspraken.

* Bas Westerhout is advocaat te Amsterdam.

1 Rb. Haarlem (ktr.) 19 februari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC5094.

Vervolgens overwoog de kantonrechter dat de wens van de werkgever om als ondernemer te komen tot kostenbeheersing en uniformering van het roosterstelsel op zich gerechtvaardigd was, maar dit betekende niet dat voor dit streven de belangen van de betrokken werknemers zonder meer moesten wijken. Nu de werkgever niet had gesteld in welke zin zijn onderneming door voortzetting van het flexibele dienstrooster in het nauw zou worden gedreven, maar zich uitsluitend had beroepen op zijn recht om op organisatorische en/of bedrijfseconomische gronden uniforme roosters in te stellen, had de werkgever niet aannemelijk gemaakt dat instandhouding van het flexibele dienstrooster voor de werkgever in redelijkheid geacht moest worden onaanvaardbaar te zijn, waarna de vordering van de werknemers werd toegewezen.

In de meeste na *Stoof/Mammoet* gedane uitspraken toetsen rechters eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden bij afwezigheid van een eenzijdig-wijzigingsbeding aan artikel 7:611 BW en niet (meer) aan artikel 6:248 BW. Hierna worden enkele van die uitspraken besproken.

In de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 9 juni 2010² was het volgende aan de orde.

De werknemster wilde na de geboorte van een kind parttime gaan werken. Nadat dit verzoek door de werkgever was gehonoreerd, besloot de werkgever alle personeel in tweeploegendienst te laten werken: de ene week van 7.45 tot 16.15 uur (ochtenddienst) en de andere week van 15.45 tot 24.00 uur (middagdienst). De meeste werknemers legden zich bij deze wijziging neer, maar eiseres verzocht in de ochtenddienst te mogen blijven werken, omdat zij haar privé-situatie en de zorg voor haar twee kinderen op dat patroon had afgestemd. De werkgever wees dat verzoek af, waarna de werknemster vorderde (voor zover hier van belang) dat voor recht werd verklaard dat de werkgever de werktijden van de werknemster niet eenzijdig kan wijzigen en dat de werknemster haar werkzaamheden in de dagdienst kan verrichten, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Subsidiair vorderde de werknemster dat voor recht werd verklaard dat de werkgever de werktijden in die zin kan wijzigen dat de werknemster haar werkzaamheden in het schema van het tweeploegensysteem slechts in de ochtenddienst verricht van maandag tot en met woensdag van 7.45 tot 16.15 uur, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Werknemster legde aan haar vordering ten grondslag dat de werkgever voor de wijziging van de werktijden, zijnde een arbeidsvoorwaarde, haar instemming behoefde, maar dat die instemming niet was gegeven.

De kantonrechter oordeelde dat het hier ging om de wijziging van een arbeidsvoorwaarde en dat de vraag of acceptatie van het voorstel tot wijziging van de werknemer kan worden verwacht, moet worden beantwoord op grond van artikel 7:611 BW (volgens de kantonrechter het *Taxi Hofman/Mammoet*-criterium).

De werkgever had als belangrijkste argument voor de wijziging van de werktijden het zo veel mogelijk voorkomen van de 'overlap' van de ochtend- en de middagdienst van het productiepersoneel aangevoerd. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever zijn belang bij de roosterwijziging voldoende had

2 Rb. Utrecht (ktr.) 9 juni 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN8225, JAR 2010/225.

onderbouwd en oordeelde vervolgens dat de vordering van de werknemers die is gericht tegen de wijziging van de arbeidstijden niet toewijsbaar was, omdat de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft dat in zijn onderneming uniforme werktijden gelden. De werkgever kon daarom in redelijkheid van de werknemers vergen dat zij de nieuwe arbeidstijden van de ochtenddienst aanvaardde. Vervolgens beoordeelde de kantonrechter direct (dus zonder eerst nog aandacht te besteden aan de vraag of het voorstel redelijk is) de vraag of de werkgever in redelijkheid van de werknemers kon vergen dat zij akkoord ging met het voorstel. Daartoe woog de kantonrechter de belangen van de werkgever af tegen de privébelangen van de werknemers (zorg voor een kind). Bij afweging van de over en weer bij de roosterwijziging betrokken belangen kende de kantonrechter minder gewicht toe aan het bedrijfsbelang van de werkgever dan aan het privébelang van de werknemers. De werknemers behield daarom het recht in de ochtenddienst te blijven werken en de subsidiair gevorderde verklaring voor recht werd toegewezen. Het dictum luidde als volgt:

‘verklaart voor recht dat de werkgever de werktijden van de werknemer in die zin kan wijzigen dat de werknemer haar werkzaamheden in het schema van het tweeploegensysteem slechts in de ochtenddienst verricht van maandag tot en met woensdag van 07.45 tot 16.15 uur (...) en wijst het meer of anders gevorderde af’.

Blijkens dit dictum heeft de kantonrechter – bewust of onbewust – de vordering van de werknemers voor recht te verklaren dat de werkgever de werktijden van de werknemers niet eenzijdig kan wijzigen, afgewezen en – zonder reconventionele vordering van de werkgever – voor recht verklaard dat werknemers haar werkzaamheden moet verrichten van 7.45 tot 16.15 uur. Volgens deze kantonrechter volstaat een geslaagd beroep op artikel 7:611 BW voor het eenzijdig doorvoeren van een wijziging in arbeidsvoorwaarden.

In de uitspraak van 2 december 2011 van de kantonrechter Almelo³ hanteerde deze kantonrechter bij de beoordeling van de vraag of de werkgever eenzijdig het rooster van 25 uur naar 14,5 uur kan terugbrengen als uitgangspunt dat het wijzigen van arbeidsvoorwaarden getoetst dient te worden aan de artikelen 7:611 en 6:248 lid 2 BW. Omdat werknemers had vastgehouden aan haar wens om niet op de woensdagmiddag na 14.00 uur en op vrijdagmiddag te werken, oordeelde de kantonrechter dat de werkgever in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de werknemers voortaan voor slechts 14,5 uur in te roosteren, zolang de woensdagmiddag na 14.00 uur en de vrijdagmiddag buiten beschouwing worden gelaten.

Ook deze kantonrechter achtte een eenzijdige wijziging van het rooster door de werkgever toegestaan.

In het vonnis in kort geding van 16 september 2014 overwoog de kantonrechter Lelystad⁴ dat de werktijden in de arbeidsovereenkomst niet expliciet waren over-

3 Rb. Almelo (ktr.) 2 december 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BV2265, JAR 2012/20.

4 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4203.

eengekomen, waarna de voorzieningenrechter oordeelde dat de gebruikelijke werktijden van werkneemster als gevolg van artikel 6:248 lid 1 BW door tijdsverloop een verworven recht waren geworden en derhalve onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden. Om die reden toetst de kantonrechter de door de werkgever gewenste wijziging vervolgens aan *Stoof/Mammoet* en concludeerde dat van eiseres aanvaarding van het door de werkgever gedane voorstel in redelijkheid kon worden gevegd omdat een ander rooster niet mogelijk was.

Ook deze kantonrechter achtte de eenzijdig doorvoerde wijziging onder de geschetste omstandigheden toelaatbaar.

In de uitspraak van 19 augustus 2014 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁵ was sprake van een eenzijdig doorgevoerde roosterwijziging. Deze wijziging had geen gevolgen voor het aantal te werken uren of het daarop gebaseerde salaris, maar wel voor het systeem van overwerk en onregelmatigheidsdiensten en de daarbij behorende vergoedingen. Alhoewel de werknemers geen bezwaar maakten tegen de roosterwijziging, zijn zij van mening dat de roosterwijziging slechts had mogen worden doorgevoerd in combinatie met een afbouwregeling, nu zij ten gevolge van die wijziging met een aanzienlijke inkomensachteruitgang zijn geconfronteerd. In dat kader moest het hof voor de vaststelling van het toetsingskader eerst beoordelen of het eerder geldende rooster en de daarbij behorende inkomsten moesten worden aangemerkt als arbeidsvoorwaarden of niet.

Het hof stelde vast dat de werknemers onder het oude rooster geen aanspraak konden maken op onregelmatigheidsdiensten en/of overwerk, bij gebreke waarvan niet viel in te zien dat het om primaire arbeidsvoorwaarden ging die in beginsel slechts met instemming van de werknemer(s) zouden mogen worden gewijzigd. Om die reden achtte het hof toetsing aan de criteria als vermeld in het arrest *Stoof/Mammoet* niet aan de orde, maar louter toetsing aan het bepaalde in artikel 7:611 BW. Dat bracht – aldus het hof – onder meer mee dat de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, die niet de primaire arbeidsvoorwaarden betreffen en hun rechtvaardiging vinden in verandering van omstandigheden (door regelgeving of andere niet te veronachtzamen factoren), in het algemeen positief dient te reageren en deze alleen mag afwijzen als aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet zonder meer van hem kan worden gevegd. Vervolgens oordeelde het hof dat de door de werkgever voorgestelde wijziging, gelet op de veranderde regelgeving, alleszins redelijk was, mede omdat de ondernemingsraad daarmee heeft ingestemd. De stelling van werknemers dat de werkgever als goed werkgever de roosterwijzigingen slechts had mogen doorvoeren indien en voor zover hij een afbouwregeling had toegepast, werd door het hof gepasseerd.

Deze uitspraak is verwonderlijk omdat het hof eerst – zonder nadere motivering – overwoog dat *Stoof/Mammoet* alleen geldt voor primaire arbeidsvoorwaarden, vervolgens overwoog dat niet aan *Stoof/Mammoet* zou worden getoetst omdat er geen sprake was van wijziging van een arbeidsvoorwaarde, waarna het overwoog dat roosterwijziging wel weer aan de aan het *Stoof/Mammoet*-arrest ontleende criteria zou moeten worden getoetst. Tot slot achtte het hof de instemming van de ondernemingsraad kennelijk een belangrijke, zo niet doorslag-

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6492.

gevende factor bij de weging van de wederzijdse belangen, zodat de belangen van de werkgever werden afgewogen tegen de individuele belangen van de werknemers.

In het vonnis van 14 oktober 2015 van de kantonrechter Tilburg⁶ was de kantonrechter – nota bene onder verwijzing naar *StooffMammoet*, maar overigens zonder nadere motivering – van oordeel dat de door de werkgever gewenste wijziging van het rooster moet worden getoetst aan de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW, kennelijk omdat het hier een collectieve wijziging van de arbeidsvoorwaarden betrof. Omdat niet in rechte was komen vast te staan dat het behoud van de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen werktijden in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, verklaarde de kantonrechter voor recht dat de door de werkgever voorgenomen eenzijdige wijziging van het in de arbeidsovereenkomst overeengekomen dienstrooster naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW en daarom (juridisch) niet toelaatbaar ten aanzien van de werknemer.

Ook deze kantonrechter was kennelijk van oordeel dat eenzijdige wijziging onder andere omstandigheden wel mogelijk is.

In de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 16 februari 2016⁷ oordeelde de kantonrechter dat het betoog dat de roosterwijziging was doorgevoerd ter uitoefening van het instructierecht van de werkgever faalde, omdat vaststond dat de werknemer vanaf indiensttreding op vaste tijden, en buiten de reguliere kantoor-tijden, had gewerkt en deze daarmee golden als een arbeidsvoorwaarde. Voor een beroep op het instructierecht van de werkgever was blijkens deze kantonrechter slechts plaats binnen de grenzen die algemeen verbindende voorschriften en de arbeidsovereenkomst daaraan stellen. Het bepaalde in artikel 7:660 BW kan niet dienen als grondslag voor een eenzijdige wijziging van overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Om die reden diende de mogelijkheid van eenzijdige roosterwijziging te worden beoordeeld aan de hand van het *StooffMammoet*-toetsingskader. Vervolgens oordeelde de rechter dat het voorstel van de werkgever niet als redelijk kon worden aangemerkt en de eenzijdige wijziging van de werktijden de op artikel 7:611 BW toegesneden toets niet kon doorstaan.

Ook uit deze uitspraak kan worden opgemaakt dat deze kantonrechter een eenzijdige roosterwijziging zonder wijzigingsbeding kennelijk wel mogelijk acht als het voorstel wel redelijk zou zijn geweest (en aanvaarding van de werknemer in redelijkheid had kunnen worden gevergd).

In het vonnis van de kantonrechter Utrecht van 11 mei 2016⁸ had de werkgever geen beroep gedaan op een eenzijdige-wijzigingsbeding.⁹ Om die reden overwoog

6 Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6603.

7 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7762.

8 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 11 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2603.

9 In het hoger beroep in deze zaak toetst het hof wel aan art. 7:613 BW omdat de cao een dergelijk beding bevat. Ook in hoger beroep (ECLI:NL:GHARL:2019:4757) is de afbouwregeling een wezenlijk element waarom de ongewijzigde instandhouding van de uit de werktijdenregeling (WTR) en het rooster voortvloeiende ploegentoeslag naar maatstaven

de kantonrechter dat de roosterwijziging moest worden getoetst aan artikel 7:611 BW en in het bijzonder aan het arrest *StooffMammoet*. De door de werknemers ingestelde vordering voor recht te verklaren dat zij recht hebben op continuering van de afgesproken continudiensttoeslag, totdat die toeslag rechtsgeldig zal zijn gewijzigd, werd afgewezen, onder meer vanwege de door de werkgever aangeboden afbouwregeling.

Een vergelijkbare gedachtegang is te vinden in het vonnis van de kantonrechter Maastricht in kort geding van 26 januari 2017.¹⁰ In die zaak was in de arbeidsovereenkomst onder de kop ‘werktijden’ bepaald dat de werkzaamheden van 8.00 uur tot 16.45 uur worden verricht en de arbeidsovereenkomst bevatte géén eenzijdige-wijzigingsbeding. Desondanks berichtte de werkgever de werknemer dat hij met ingang van 1 januari 2017 zou overgaan tot (eenzijdige) aanpassing van de werktijden, waarna de werknemer vorderde de werkgever te gebieden hem binnen 24 uur na betekening van het vonnis in staat te stellen zijn werkzaamheden te verrichten conform zijn bedongen werktijden, dit op straffe van verbeurte van een dwangsom. De rechter overwoog – anders dan de werknemer, die de eenzijdig doorgevoerde wijziging in strijd achtte met het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 en/of 6:258 BW – dat aan het bepaalde in artikel 7:611 BW moest worden getoetst of de werkgever gerechtigd was tot (eenzijdige) aanpassing van de werktijden van de werknemer. Na toetsing aan de drietrapsraket van *StooffMammoet* concludeerde de kantonrechter dat het voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst naar voorlopig oordeel redelijk geacht moest worden en aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer kon worden gevergd.

Ondanks het ontbreken van overeenstemming werd de vordering van werknemer afgewezen en de eenzijdige wijziging aldus de facto geaccordeerd.

Ook de kantonrechter Alkmaar acht eenzijdige wijziging zonder eenzijdige-wijzigingsbeding mogelijk.¹¹ In deze zaak oordeelde de kantonrechter dat het werkrooster geen arbeidsvoorwaarde was omdat het niet was opgenomen in de arbeidsovereenkomst, en dat er ook geen sprake was van een verworven recht, nu slechts een halfjaar uitvoering was gegeven aan de gemaakte afspraken (sic) omtrent het werkrooster en voordien ook wijzigingen in het werkrooster hadden plaatsgevonden. Omdat de afspraak over het werkrooster geen arbeidsvoorwaarde is, heeft artikel 7:611 BW als maatstaf te gelden bij de beantwoording van de vraag of de werkgeefster de met de werkneemster gemaakte afspraak eenzijdig kan wijzigen. Toetsing aan de criteria als geformuleerd in het arrest *StooffMammoet* van de Hoge Raad is blijkens de kantonrechter niet aan de orde, nu geen sprake is van een arbeidsvoorwaarde. Krachtens het bepaalde in artikel 7:611 BW dienen werkgever en werknemer zich over en weer als goed werkgever en werknemer te gedragen. Dat brengt onder meer mee dat een werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, die niet de primaire arbeidsvoorwaarden betreffen en hun rechtvaardiging vinden in verandering van omstandigheden (door regelgeving of

van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van werkgever bij wijziging van de WTR en het daarop gebaseerde rooster.

10 Rb. Limburg (ktr.) 26 januari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:828.

11 Rb. Noord-Holland (ktr.) 10 februari 2017, JAR 2017/101.

andere niet te veronachtzamen factoren), in het algemeen positief dient te reageren en deze alleen dient af te wijzen als aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet zonder meer van hem kan worden gevegd. De kantonrechter overwoog vervolgens dat de werkgever goede gronden had voor aanpassing van het rooster, dat het voorstel van de werkgever redelijk was, en dat aanvaarding van de werknemer kon worden gevegd. Om die reden komt de kantonrechter tot het oordeel dat de werkgever de met de werknemer gemaakte afspraken (sic) op goede gronden – en zonder dat partijen daar overeenstemming over hebben bereikt – eenzijdig heeft kunnen wijzigen.

4.2 Tussenconclusie

Sinds *Stoof/Mammoet* wordt wijziging van roosters zonder wijzigingsbeding door de rechters vrijwel zonder uitzondering getoetst aan de *Stoof/Mammoet*-criteria, zelfs indien het rooster niet wordt beschouwd als arbeidsvoorwaarde. Bij de toetsing aan de *Stoof/Mammoet*-criteria hechten rechters veel waarde aan het al dan niet aanbieden van een afbouwregeling.¹² Voorts valt op dat veel rechters – ondanks het in ditzelfde arrest door de Hoge Raad verwoorde onderscheid tussen situaties waarbij wel sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding en zaken waar daar geen sprake van is, en dat werknemers bij het ontbreken van een dergelijk beding in beginsel niet gehouden zijn voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden, maar dat partijen daar dan eerst overeenstemming over zullen moeten zien te bereiken – eenzijdige wijziging ook zonder een eenzijdige-wijzigingsbeding en zonder dat daarover overeenstemming is bereikt, mogelijk achten. Het door de Hoge Raad in het *Stoof/Mammoet* geconstateerde verschil tussen beide situaties lijkt in de rechtspraak onvoldoende te worden onderkend. In de volgende paragrafen zal dit nader worden uitgewerkt.

4.3 Is eenzijdige wijziging zonder eenzijdige-wijzigingsbeding – door de werkgever en/of de werknemer – mogelijk?

Indien de werkgever schriftelijk heeft bedongen dat hij bevoegd is een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, dan kan hij de door hem gewenste wijziging op basis van die contractuele bepaling eenzijdig doorvoeren. De werknemer heeft in dat geval immers op voorhand contractueel ingestemd met toekomstige wijzigingen van de contractuele afspraken. Een eenzijdige wijziging die voldoet aan de criteria van artikel 7:611 BW is in dat geval geen wanprestatie. Maar kan de werkgever zonder dergelijk beding en

¹² Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR6239; Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5022; Hof 's-Hertogenbosch 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5096; Rb. Groningen 22 december 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BU9730; Rb. Rotterdam 4 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465; Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht) 11 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2603; Rb. Gelderland (zittingsplaats Apeldoorn) 21 september 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5281, AR-Updates.nl 2016-1056.

zonder wettelijke bepaling die dat toestaat, komen tot (eenzijdige) wijziging van contractuele afspraken? En zo ja, kan een werknemer dan ook met een beroep op artikel 7:611 BW eenzijdig wijzigingen doorvoeren in eerder gemaakte contractuele afspraken?

4.4 Parlementaire geschiedenis

Tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 24615 is overwogen dat met de introductie van artikel 7:613 BW is beoogd 'het terugdringen van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door werkgevers'. Daarbij geldt als uitgangspunt dat 'arbeidsvoorwaarden door toepassing van wijzigingsbedingen in beginsel niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd, tenzij daar zwaarwichtige belangen voor aantoonbaar zijn'.^{13,14}

Een jaar later is de achterliggende gedachte van artikel 7:613 BW tijdens de voortgezette parlementaire behandeling als volgt verwoord:

'Aan de ene kant is er het belang van de werknemer om beschermd te worden tegen de mogelijkheid dat de werkgever zonder de instemming van de werknemer wijzigingen aanbrengt in de arbeidsovereenkomst. Aan de andere kant is er het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden, ook van die welke niet bij CAO zijn geregeld. De eis dat hij van iedere individuele werknemer instemming moet verkrijgen voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst, zou niet alleen kostbaar en tijdrovend zijn, maar zou bovendien tot gevolg hebben dat na verloop van tijd, wanneer hij verschillende wijzigingen heeft willen doorvoeren, het arbeidsvoorwaardenregime per werknemer verschilt. Wij hebben deze twee belangen, die op het eerste gezicht met elkaar op gespannen voet staan, willen verenigen.'¹⁵

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid achtte de introductie van een eenzijdige-wijzigingsbeding dus noodzakelijk omdat werkgevers (die hun arbeidsvoorwaarden collectief willen ordenen) bij gebreke van een dergelijk beding 'van iedere individuele werknemer instemming zouden moeten verkrijgen voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst'. Hieruit blijkt dat de minister van oordeel was dat eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden zonder wijzigingsbeding niet mogelijk was en dat artikel 7:613 BW in de wet moest worden opgenomen om eenzijdige wijziging wel mogelijk te maken bij aantoonbare zwaarwichtige belangen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dus dat uitgangspunt is (1) dat arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd, (2) dat dit niet enkel anders is door toepassing van een wijzigingsbeding, en (3) dat dit alleen anders is als is voldaan aan de vereisten van artikel 7:613 BW.¹⁶ Deze gedachte-

13 Is hier met de woorden 'door toepassing' bedoeld 'zelfs met toepassing'? Art. 7:613 BW is immers geïntroduceerd om eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door werkgevers terug te dringen.

14 Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21-22.

15 Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 31.

16 In gelijke zin: HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869 (Fair Play), r.o. 3.1.2.

gang is ook volstrekt logisch. Immers, als eenzijdige wijziging – met een beroep op (bijvoorbeeld) artikel 7:611 BW – ook zonder een dergelijk beding mogelijk zou zijn, dan zou introductie van artikel 7:613 BW volstrekt overbodig zijn, tenzij de toets van artikel 7:613 BW lichter zou zijn dan de toets van artikel 7:611 BW. Als de toets van artikel 7:613 BW evenwel gelijk of zelfs zwaarder zou zijn dan de toets van artikel 7:611 BW, dan zou een werkgever kunnen volstaan met een beroep op artikel 7:611 BW. Als de toets van artikel 7:611 BW een andere is dan de toets van artikel 7:613 BW, zou een werkgever er dus goed aan doen om altijd een beroep te doen op beide artikelen. Maar nu een dergelijk onderscheid tijdens de parlementaire behandeling niet ter sprake is gebracht, is de enige conclusie dat de wetgever artikel 7:613 BW in het wetboek heeft opgenomen omdat eenzijdige wijziging zonder een eenzijdige-wijzigingsbeding niet mogelijk is en de werkgever bij gebreke van een dergelijk beding van iedere individuele werknemer instemming moet verkrijgen voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst.¹⁷

4.5 De jurisprudentie van de Hoge Raad

In de zaak *Van der Lely/Taxi Hofman*¹⁸ overwoog de Hoge Raad dat artikel 7:611 BW, wat de werknemer betreft, meebrengt dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. In de zaak *Stoof/Mammoet* van 11 juli 2008¹⁹ overwoog de Hoge Raad dat een werknemer bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding in *beginsel* niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden: ‘Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn.’ In de *Bogra*-zaak van 23 november 2018²⁰ maakte de werknemer bezwaar tegen de eenzijdig door de werkgever doorgevoerde salarisverlaging. Naar aanleiding daarvan overwoog de Hoge Raad dat een werkgever pas erop mag vertrouwen dat een werknemer een functie heeft aanvaard die voor die werknemer een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden meebrengt, indien op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die nieuwe functie heeft *ingestemd*.²¹ Dit betekent dat een door de werkgever beoogde wijziging van een arbeidsvoorwaarde bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding pas tot stand komt door aanbod en aanvaarding en de wijziging dus alleen kan worden doorgevoerd als de werknemer daar ongeclausuleerd en welbewust mee instemt.

17 Tervergelijking: in de ons omringende landen is eenzijdigewijziging van arbeidsvoorwaarden ofwel verboden, ofwel gebonden aan zeer stringente voorwaarden. Zie daarover uitgebreid N. Gundt, Het autonome ontslagbegrip in Richtlijn 98/59: inclusief de wijziging?, *ArA* 2018/2.3, par. 5.1.

18 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, *JAR* 1998/199.

19 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

20 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2185.

21 Vgl. HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570.

In de drie hiervoor genoemde zaken werd telkens door de Hoge Raad benadrukt dat de werkgever bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding de door hem beoogde wijziging niet eenzijdig kan doorvoeren, ook niet in het geval er sprake is van gewijzigde (bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische) omstandigheden, een redelijk voorstel van de werkgever, en aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd (de drietrapsraket). Dit roept de vraag op welke andere opties de werkgever heeft na stukgelopen overleg over (de voorwaarden van) de door hem nagestreefde veranderingen en hij de door hem voorgestane wijzigingen niet eenzijdig mag doorvoeren. In de praktijk kiest de werkgever toch vaak voor eenzijdige doorvoering van de door hem gewenste wijziging.²² Het is dan aan de werknemer om zich daar ofwel alsnog (al dan niet onder protest) bij neer te leggen, ofwel een procedure te beginnen tegen de werkgever en dan nakoming te vorderen van de ongewijzigde arbeidsvoorwaarde(n), al dan niet op straffe van verbeurte van een dwangsom.²³

4.6 Gedwongen instemming?

In de *Victoria*-beschikking²⁴ overwoog de Hoge Raad dat gedeeltelijke ontbinding van een arbeidsovereenkomst niet mogelijk is, maar dat de werknemer op grond van de in het arrest *Stoof/Mammoet* geformuleerde maatstaf wel ‘gehouden kan zijn in te stemmen’ met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst.²⁵ Daarna overwoog de Hoge Raad dat het resultaat van een dergelijke ‘gedwongen instemming’ neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

De woorden ‘gedwongen instemming’ lijken te duiden op iets dat de werkgever eenzijdig kan doorvoeren, althans kan afdwingen, (ook) als de (expliciete) instemming van de werknemer uitblijft. Indien die lezing juist is, dan zou dat een keuze voor de institutionele leer ten nadele van de contractuele leer betekenen²⁶ en het eerder door velen in *Stoof/Mammoet* gelezen kenmerkende onderscheid tussen de gevallen waarin wel en de gevallen waarin geen schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst opgenomen arbeidsvoorwaarde te wijzigen, is opgenomen, namelijk dat ingeval sprake is van

22 Zie in dit kader recent: JAR 2020/149 en JAR 2020/156, waarbij de coronacrisis de aanleiding vormde voor de door de werkgever eenzijdig doorgevoerde wijziging.

23 In het cassatieberoep in HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1193 heeft de advocaat van de werknemer gepoogd de rechtmatigheid van de zonder eenzijdige-wijzigingsbeding en zonder instemming van de werknemer doorgevoerde wijziging aan de Hoge Raad voor te leggen, maar deze klacht is gestrand omdat dit vraagstuk in appel niet aan de orde was gesteld.

24 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

25 Die gedachtegang is al eerder gevolgd in een uitspraak in kort geding van de rechtbank Midden-Nederland van 12 december 2013 (ECLI:NL:RBMNE:2013:7414), waarin de kantonrechter oordeelde dat van werknemer solidariteit en daarmee aanvaarding van de voorgestelde loonmatiging (van in totaal 6%) in redelijkheid gevergd kan worden, waarna de door de werknemer bij wege van voorlopige voorziening ingestelde loonvordering werd afgewezen, overigens nadat de werkgever ter zitting had aangegeven dat hij de loonmaatregel zal terugdraaien indien zijn financiële situatie dit toelaat.

26 Zie in dit kader par. 1.5.

een dergelijk beding de werknemer op voorhand met de wijziging heeft ingestemd en dan direct aan de eenzijdige wijziging is gebonden, terwijl de werknemer zonder een dergelijk beding alleen aan de wijziging is gebonden als hij daarmee instemt, onjuist zijn. Of heeft de Hoge Raad met de woorden ‘in beginsel’²⁷ al in 2008 duidelijk willen aangeven dat de werknemer zonder een dergelijk beding wel gehouden kan zijn de voorstellen van de werkgever te aanvaarden als hij daartoe gehouden is op grond van de in het arrest *Stoof/Mammoet* geformuleerde maatstaf? In dat geval is er dan geen verschil tussen de *Victoria*-beschikking en *Stoof/Mammoet* en is er in het verleden te weinig betekenis aan de woorden ‘in beginsel’ toegekend.

Overigens lijkt een gedwongen instemming die – in de woorden van de Hoge Raad – ‘in resultaat neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst’ zonder preventieve toetsing door een onafhankelijke derde in strijd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht. Er is dan immers geen sprake van instemming (laat staan welbewuste instemming) of een preventieve toetsing, maar van een eenzijdige handeling van de werkgever die – in resultaat – neerkomt op een deeltijd- of een wijzigingsontslag.²⁸

In haar conclusie bij de *Victoria*-beschikking²⁹ gaat A-G De Bock uitvoerig in op de doorwerking van het vermogensrecht in het ontslagrecht. Allereerst stelt zij dat de wetgever van 1907 uitdrukkelijk heeft gekozen voor een privaatrechtelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW, waardoor in beginsel de algemene bepalingen inzake overeenkomsten van toepassing zijn. Vervolgens merkt zij op dat het ontslagrecht binnen het arbeidsrecht een bijzondere positie inneemt en dat de bijzondere aard van de wettelijke regeling van het ontslagrecht met zich kan brengen dat bepaalde dingen in het ontslagrecht uitputtend zijn geregeld en dat er blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad³⁰ naast deze regeling voor toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid geen plaats meer is.

Mede omdat de regels voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst uitputtend zijn beschreven in artikel 7:671b jo. artikel 7:669 BW is rechtstreekse toepassing van artikel 6:265 BW niet aan de orde. Voor analoge toepassing laat het ontslagrecht naar haar mening geen ruimte. Zij voert daarvoor aan dat het ontslagrecht en het gesloten stelsel van het ontslagrecht door toepassing van het leerstuk van gedeeltelijke ontbinding worden doorkruist. Haar belangrijkste argument tegen partiële ontbinding – wat zij gelijkstelt met wijziging van de arbeidsovereenkomst – is dat de aan dat gesloten stelsel ten grondslag liggende bescherming van de werknemer door toepassing van partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt verzwakt. Partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst betekent namelijk dat er méér mogelijkheden zijn om de overeenkomst (gedeeltelijk) tot een einde te laten komen. Daarmee zou dan in haar visie sprake zijn van een ‘verruiming’ van de ontslaggronden, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de rechtsbescherming van de werknemer in het ontslagrecht. Indien de werknemer door de werkgever met een beroep op

27 Zie HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*), r.o. 3-3-3.

28 Deze termen zijn ontleend aan HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO2419.

29 Conclusie A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2019:955, bij HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

30 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905.

het arrest *Stoof/Mammoet* zou kunnen worden gedwongen in te stemmen met een wijzigingsvoorstel zonder dat de rechter daaraan te pas behoeft te komen en de werkgever deze wijziging vervolgens ook eenzijdig zonder rechterlijk oordeel zou kunnen doorvoeren, is evenwel sprake van een aanzienlijke afbreuk aan de rechtsbescherming in vergelijking met de rechtsbescherming in geval van (partieële) ontbinding, die immers slechts door de rechter – en na een preventieve rechterlijke toetsing – kan worden uitgesproken.

4.7 Eenzijdige wijziging en de jurisprudentie van het HvJ EU

Indien de werkgever arbeidsovereenkomsten van grotere groepen (twintig of meer) wil wijzigen, is de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) over Richtlijn 98/59 betreffende collectief ontslag (hierna: de Richtlijn)³¹ ook mogelijk nog van belang. Anders dan A-G De Bock in haar conclusie³² voorafgaand aan het *SIPOR*-arrest³³ betoogt, ben ik van mening dat de Richtlijn niet alleen voorziet in procedurele verplichtingen voor de werkgever die collectief ontslag overweegt, maar werknemers daarnaast wel degelijk ook inhoudelijke bescherming biedt via artikel 7 WMCO, waarin is bepaald dat de kantonrechter een opzegging kan vernietigen indien de werkgever niet aan de verplichting tot melding heeft voldaan of de vakbonden of de ondernemingsraad niet heeft geraadpleegd.

In het arrest *Pujante Rivera*³⁴ overwoog het HvJ EU dat het feit dat een werkgever eenzijdig en ten nadele van de werknemer was overgegaan tot een substantiële wijziging³⁵ van essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van deze werknemer, ook onder het begrip ‘ontslag’ in de zin van de Richtlijn valt. Hierdoor viel de betrokken werknemer, die werd geconfronteerd met een aanzienlijke salarisverlaging, ook onder het bereik van de Richtlijn.

A-G De Bock merkt verder onder verwijzing naar het artikel van Gundt³⁶ nog op dat toepassing van die uitspraak niet past in het Nederlandse recht, omdat – kort gezegd – ‘impliciet ontslag’³⁷ in Nederland niet mogelijk is. Maar het HvJ EU overwoog in het *Balkaya*-arrest³⁸ dat begrippen als bedoeld in artikel 1 lid 1 van de Richtlijn niet worden gedefinieerd door (een verwijzing naar) de wetgeving van de lidstaten, maar een autonome en uniforme uitlegging moet

31 Zie hierover ook par. 2.40.

32 Conclusie A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:202, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749.

33 HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*).

34 HvJ EU 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:743 (*Pujante Rivera*).

35 In HvJ EU 21 september 2017, ECLI:EU:C:2017:711 (*Giupa e.a.*) overwoog het HvJ EU dat een eenzijdige en ten nadele van de werknemer niet-substantiële wijziging van een wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van die werknemer, of een substantiële wijziging van een niet-wezenlijk element van die arbeidsovereenkomst niet wordt aangemerkt als een ‘ontslag’ in de zin van Richtlijn 98/59.

36 Gundt 2018, par. 5.3.

37 Impliciet ontslag betreft een opzegging onder voorbehoud: als de werknemer het aanbod van de werkgever niet tijdig aanvaardt, volgt ontslag.

38 HvJ EU 9 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:455 (*Balkaya*).

vinden in de rechtsorde van de Unie.³⁹ Ware dit niet zo, en zou dit aan het eigen inzicht van de lidstaten worden overgelaten, dan zou het iedere lidstaat zijn toegestaan de werkingssfeer van deze richtlijn te wijzigen en deze haar volle werking te ontnemen.⁴⁰ Om die reden is de conclusie van A-G De Bock mogelijk voorbarig en een toetsing van een collectieve eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden aan de Richtlijn niet op voorbaat kansloos.

4.8 Welke veranderingen in (bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische) omstandigheden kunnen ertoe leiden dat de werknemer gehouden kan zijn in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst?

Hiervoor is in paragraaf 4.2 uiteengezet dat er in de parlementaire geschiedenis geen aanwijzing is te vinden voor het standpunt dat de redelijkheidstoets van artikel 7:613 BW een andere zou moeten zijn dan de redelijkheidstoets van artikel 7:611 BW. Tevens is daar betoogd dat de introductie van artikel 7:613 BW – naast artikel 7:611 BW – wel zou kunnen worden verklaard als (1) eenzijdige wijziging zonder wijzigingsbeding überhaupt niet (zonder rechterlijke betrokkenheid) mogelijk is, en/of (2) indien de toets van artikel 7:613 BW toch een andere – lichtere – is dan de toets van artikel 7:611 BW. In *Stoof/Mammoet* overweegt de Hoge Raad bij een vergelijking tussen artikel 7:611 en 7:613 BW het volgende:

‘Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet (...) worden aangenomen dat deze bepaling veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven (...).’

Het kenmerkende onderscheid lijkt dus (naast de vraag of er een eenzijdige-wijzigingsbeding is) gelegen in de woorden ‘ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven’. Dat betekent dat de werkgever met een eenzijdige-wijzigingsbeding met een beroep op dat beding een eenzijdige wijziging kan doorvoeren indien de werkgever bij die wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging wordt geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De werkgever zonder eenzijdige-wijzigingsbeding zal daarentegen ‘gewijzigde omstandigheden op het werk’ moeten aanvoeren als reden voor zijn redelijke voorstel tot wijziging van arbeidsvoorwaarden. Het onderscheid zou dan moeten zijn dat de werkgever met een eenzijdige-wijzigingsbeding ‘iedere reden’ – dus ook als geen sprake is van gewijzigde omstandigheden op het werk – voor de door te voeren wijziging zou kunnen aanvoeren, terwijl de werkgever zonder eenzijdige-wijzigingsbeding alleen ‘gewijzigde omstandigheden op het werk’ kan aanvoeren. Het is om die reden interessant na te gaan of een dergelijke nuance in de jurisprudentie is terug te vinden.

39 Zie naar analogie HvJ EG 12 oktober 2004, C-55/02, ECLI:EU:C:2004:605 (*Commissie/Portugal*), punt 49.

40 Zie in die zin HvJ EG 18 januari 2007, C-385/05, ECLI:EU:C:2007:37 (*Confédération générale du travail e.a.*), punt 47.

De rechtbank Midden-Nederland overwoog in een kort geding van 12 december 2013⁴¹ dat het niet aannemelijk was dat het doorvoeren van de loonmatiging door de werkgever was gelegen ‘in uitsluitend winstbejag en een korte termijnvisie’. Er werden op dat moment geen winst- en bonusuitkeringen gedaan en de financiële situatie van de werkgever noopte ‘tot nieuwe maatregelen om in ieder geval weer financieel gezond te worden’, en met de loonmaatregel werd ‘het doorbreken van de kredietlimiet’ voorkomen. Het verweer van de werknemer dat geen sprake was van een dreigend faillissement was van onvoldoende gewicht om de kantonrechter tot een ander oordeel te brengen.

In een enkele jaren daarvoor in een door partijen bij prorogatie in de zin van artikel 96 Rv aangebrachte procedure⁴² oordeelden de kantonrechters, in reactie op het door de werkgever naar voren gebrachte standpunt dat de onvoorziene omstandigheden (te weten de kredietcrisis) die zich hebben voorgedaan niet behoren tot de normale bedrijfsrisico’s of zelfs tot abnormale bedrijfsrisico’s, omdat er sprake is van een uitzonderlijke situatie waarin samenkomende conjuncturele en maatschappelijke ontwikkelingen maken dat voortzetting van vroegere afspraken naar redelijkheid en billijkheid niet door de werknemer mag worden verwacht, dat, ook al mogen de onvoorziene omstandigheden van algemene aard zijn, deze zogenoemde samenkomende conjuncturele en maatschappelijke ontwikkelingen onvoldoende reden vormen om de werkgever niet langer jegens de werknemer tot nakoming van zijn verplichtingen gehouden te achten. Hierbij namen de kantonrechters in aanmerking dat de werkgever weliswaar ernstige gevolgen van de kredietcrisis ondervond, maar dat de crisis niet een zodanig effect op de bedrijfseconomische of financiële positie van de werkgever heeft gehad dat voor de instandhouding van zijn onderneming moet worden gevreesd.

De gedachtegang van deze kantonrechters lijkt aardig aan te sluiten op de – weliswaar bij de beoordeling van de aanwezigheid van het op grond van artikel 7:613 BW vereiste zwaarwichtige belang – overweging van de Hoge Raad in het recente *Fair Play*-arrest.⁴³ In deze zaak had de werkgever een combinatie van vijf redenen aangevoerd die ten grondslag lagen aan de eenzijdig doorgevoerde wijziging van de pensioenregeling, te weten (1) door gewijzigd overheidsbeleid (een wetswijziging) en de huidige economische en financiële situatie zijn de bedrijfsresultaten sterk onder druk komen te staan; (2) verslechterde bedrijfsresultaten noodzakelijk tot kostenbeheersing; (3) de pensioenregeling is niet meer van deze tijd en niet marktconform; (4) de pensioenregeling is zeer kostbaar door de stijging van de pensioenpremies als percentage van de salarissom; en (5) het doorvoeren van de nieuwe premieverdeling is noodzakelijk om de continuïteit van de onderneming te waarborgen.

Het gerechtshof ’s-Hertogenbosch⁴⁴ had evenwel vastgesteld dat de werkgever, met uitzondering van 2011, altijd een positief bedrijfsresultaat had behaald, terwijl het verlies in 2011 zich liet verklaren door een eenmalige, incidentele, afschrijving op de goodwill en losstond van het eigenlijke bedrijfsresultaat. Ook

41 Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414.

42 Rb. Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9807.

43 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869 (*Fair Play*).

44 Hof ’s-Hertogenbosch 20 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:685.

zonder de doorgevoerde wijziging zou werkgever een positief bedrijfsresultaat hebben behaald. De financiële situatie van werkgever was dus niet van dien aard dat de continuïteit van zijn onderneming zonder verdere maatregelen ter besparing van kosten in gevaar zou komen. Voorts onderkende het hof dat werkgever, zoals elke commerciële onderneming, belang heeft bij winstmaximalisatie om van daaruit investeringen te kunnen verrichten, maar gesteld noch gebleken was dat zonder de van de werknemers verlangde bijdrage in de pensioenpremies noodzakelijke investeringen niet mogelijk waren. Op de tegen dit oordeel gerichte cassatiemiddelen oordeelde de Hoge Raad vervolgens:

‘dat het belang van FPC als werkgever bij de wijziging van de onderhavige arbeidsvoorwaarde, afgezet tegen het belang van de werknemers bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, niet zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemers, van wie een “loonoffer” wordt verlangd, op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het hof heeft daarbij grote betekenis toegekend aan zijn oordeel dat voor het loonoffer geen bedrijfseconomische noodzaak bestaat.’

Ook het cassatiemiddel dat het hof het solidariteitsbeginsel – te weten dat onder omstandigheden van werknemers een offer op het terrein van de arbeidsvoorwaarden verwacht mag worden als een onderneming in zwaar weer verkeert, om verdergaande maatregelen, zoals ontslagen, te voorkomen – ten onrechte niet in aanmerking heeft genomen, faalt volgens de Hoge Raad, omdat ‘naar het oordeel van het hof zich in deze zaak niet de situatie voordoet dat de continuïteit van de onderneming zozeer wordt bedreigd dat van de werknemers een loonoffer kan worden gevergd’.

Enerzijds kan hieruit worden opgemaakt dat een verwijzing naar een (wereldwijde) crisis (bijvoorbeeld de kredietcrisis of de coronacrisis) of een overheidsmaatregel (wetswijziging) in ieder geval op zichzelf onvoldoende is om aan te merken als omstandigheid die ertoe kan leiden dat de werknemer gehouden kan zijn in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van (primaire) arbeidsvoorwaarden. De werkgever zal in ieder geval een (daarnaast en daaruit voortvloeiende) bedrijfseconomische noodzaak op bedrijfsniveau moeten aantonen. Anderzijds kan uit dit arrest worden afgeleid dat een bedrijfseconomische noodzaak kennelijk iets anders is dan de bedrijfseconomische omstandigheden uit artikel 7:669 lid 3 onder a BW. De Hoge Raad laat de motivering van het hof, dat pas sprake van een bedrijfseconomische noodzaak is ‘als de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd’, in stand. Hieruit blijkt dat een zwaarwichtig belang dat een beroep op een eenzijdige-wijzigingsbeding rechtvaardigt dus slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde is, terwijl de drempel in de lagere jurisprudentie – in ieder geval tot het *Fair Play*-arrest – (veel) lager wordt gelegd.

Winstmaximalisatie of bedrijfsorganisatorische redenen zijn wel bedrijfseconomische omstandigheden die – ook zonder dat sprake is van een acute bedreiging van de continuïteit van de onderneming – het vervallen van arbeidsplaatsen kunnen rechtvaardigen, maar vormen (ook bij aanwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding) onvoldoende reden voor eenzijdige wijziging van (primaire) arbeidsvoorwaarden. De werknemer is dus beter beschermd tegen eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden dan tegen ontslag. Het is de vraag of dit terecht

is en of werknemers niet beter af zouden zijn met een omgekeerde situatie, met name in situaties waar volstaan zou kunnen worden met een tijdelijke aanpassing van arbeidsvoorwaarden.⁴⁵ En dit onderscheid wordt nog lastiger in geval van deeltijdontslagen: indien de werkgever de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen wenst te beëindigen en gelijktijdig een nieuwe overeenkomst aanbiedt voor minder uren in het geval de eerste arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, moet worden beoordeeld of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder a BW. In dat geval zal de werkgever niet behoeven aan te tonen dat de continuïteit van de onderneming bij uitblijven van deze wijziging in gevaar komt. Indien de werkgever daarentegen het aantal uren (al dan niet tijdelijk) wil terugbrengen door de arbeidsovereenkomst op dat punt te wijzigen, zal de werkgever wel moeten aantonen dat de continuïteit van de onderneming bij uitblijven van deze wijziging in gevaar komt. Dit onderscheid lijkt mij moeilijk te rechtvaardigen.

4.9 De werknemer die weigert in te stemmen

Wat nu als de werknemer wel op grond van de in het arrest *Stoof/Mammoet* geformuleerde maatstaf gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, maar daar zijn medewerking niet aan wenst te verlenen en de werkgever niet alleen belang hecht aan het doorvoeren van de maatregel, maar ook – alleen al ter vermijding van onduidelijkheden in de toekomst – aan schriftelijke vastlegging van de nieuwe arbeidsvoorwaarden?

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) werkt – anders dan een beslissing van de rechter om de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen op grond van artikel 6:258 BW – van rechtswege.⁴⁶ Een rechterlijke uitspraak is dus niet vereist om de in artikel 6:248 BW genoemde rechtsgevolgen van een overeenkomst te bewerkstelligen. De rechter kan slechts constateren wat de rechtsgevolgen zijn.⁴⁷

Indien sprake is van een van de in artikel 6:248 BW omschreven omstandigheden, dan is een (eenzijdige of op basis van consensus bereikte) wijziging niet nodig, omdat de uit artikel 6:248 BW voortvloeiende consequentie van rechtswege werkt, dus zonder dat de rechter daaraan te pas behoeft te komen. In geval van geschil is het de rechter die zijn oordeel moet geven over wat rechtens tussen partijen is.

Een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW ziet overigens alleen op de situatie die geldt op het moment dat dit ter toetsing aan de rechter voorligt. Bij voortzetting van de overeenkomst na een rechterlijke toetsing of bij nieuwe geschillen tussen partijen zal de rechter opnieuw aan de hand van de situatie op dat moment

45 Het stopzetten van de regeling Werktijdverkorting lijkt daarom een minder gelukkige keuze, juist omdat die regeling voorzag in een grote behoefte in tijden van corona.

46 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/414.

47 Niet de rechter heeft de bevoegdheid de overeenkomst te herzien, maar het objectieve recht legt aan de partijen de dwingende plicht op zich bij het uitvoeren van de overeenkomst overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid te gedragen, en hierdoor kan een wijziging in de contractuele rechten en plichten worden teweeggebracht. Aldus Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/414.

moeten beoordelen wat op dat moment rechtens is als artikel 6:248 BW aan de orde is. De constatering door de rechter betreft dus een momentopname en leidt niet tot een (structurele) wijziging van de overeenkomst, maar louter tot een constatering van de rechtsgevolgen op dat moment. Dit kan er dus toe leiden dat de rechter – bijvoorbeeld in tijden van corona – louter op het moment van toetsing kan constateren wat op dat moment van rechtswege rechtens is, maar dat kan bij een volgende constatering een paar maanden later – bijvoorbeeld als de coronacrisis (hopelijk) weer voorbij is en er dan wederom sprake is van gewijzigde omstandigheden – anders uitpakken. Om die reden kan een oordeel van de rechter over de rechtsgevolgen louter zien op een tijdelijke situatie, maar die toetsing kan geen ‘eeuwigheidswaarde’ hebben omdat de uitkomst afhankelijk is van de omstandigheden van het geval op het moment van toetsing.⁴⁸ Bovendien kan de rechter geen uitspraak doen over het tijdstip waarop de in artikel 6:248 BW genoemde rechtsgevolgen van rechtswege zijn ingetreden, noch over de tijdsduur van die rechtsgevolgen.

In het *Parallel Entry*-arrest⁴⁹ van 30 januari 2004 overwoog de Hoge Raad dat in artikel 7:611 BW ‘de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden’.⁵⁰ Als artikel 7:611 BW moet worden gezien als een *lex specialis* van artikel 6:248 BW voor het arbeidsrecht, dan zou een (eenzijdige of op basis van consensus bereikte) wijziging van een arbeidsvoorwaarde ook niet nodig zijn, omdat deze ook al van rechtswege – en dus zonder noodzakelijke rechterlijke tussenkomst – werkt in het geval dat aanvaarding van het wijzigingsvoorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd. Maar hoe valt dit nu te rijmen met de overweging van de Hoge Raad in *Stoof/Mammoet* dat de werknemer bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden en dat daarover overeenstemming moet worden bereikt? Eenzijdige wijziging is, zo lees ik de uitspraak van de Hoge Raad, dus – bij gebreke van een eenzijdige-wijzigingsbeding – niet mogelijk.⁵¹ Zoals gezegd neemt het ontslagrecht binnen het arbeidsrecht een bijzondere positie in en de bijzondere aard van de wettelijke regeling van het ontslagrecht kan met zich brengen dat bepaalde dingen in het ontslagrecht uitputtend zijn geregeld. In dat geval is er blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad geen plaats meer voor toetsing aan andere regels van het vermogensrecht.

48 Goed denkbaar is bijvoorbeeld dat een eenzijdige salarisvermindering wegens omzetting ten gevolge van de coronacrisis bij een omzetting van 60% in een maand van rechtswege leidt tot een wijziging, maar in een volgende maand – bij een omzetting van 10% – niet (meer). Als dit ook voor duurovereenkomsten, zoals ook arbeidsovereenkomsten, zou gelden, dan betekent dat dat een rechterlijke toetsing slechts een beperkte houdbaarheidswaarde kan hebben.

49 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312.

50 Zie hierover par. 1.8.

51 In gelijke zin: N. Gundt, *Het recht om een eenzijdige wijziging niet te aanvaarden – een lege huls?*, in: Deining (liber amicorum voor Sjef de Laat), Den Haag: Sdu Uitgevers 2019. Anders: A.F. Bungener, *Doorwerking van het privaatrecht bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst*, SR 2008/53: Bungener is van mening dat in het geval van de werknemer kan worden verwacht dat hij meewerkt aan een wijziging, de werkgever de mogelijkheid heeft om de bestaande arbeidsvoorwaarde (al dan niet proportioneel) opzij te zetten op grond van art. 6:248 lid 2 BW.

Wellicht geldt dit ook voor het wijzigingsrecht binnen Boek 7, titel 10 BW. Dan is het uitgangspunt: in artikel 7:613 BW is (uitputtend) geregeld onder welke voorwaarden een werkgever de bevoegdheid heeft arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Daarbuiten is eenzijdige wijziging – ook niet met een beroep op artikel 7:611 BW – niet mogelijk, althans niet zonder rechterlijke tussenkomst.⁵² De bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW behorende terughoudendheid (nee, tenzij onverkorte nakoming vragen van gemaakte afspraken onbetamelijk zou zijn) is dan in het arbeidsrecht uitgebreid tot een algeheel verbod.

Indien aanvaarding van een redelijk voorstel van de werkgever wel in redelijkheid van de werknemer kan worden gevegd, maar de werknemer desondanks weigert daarmee in te stemmen, dan schiet hij tekort in de nakoming van zijn verplichtingen als goed werknemer. Als de werkgever het voorstel desondanks wenst door te voeren, zou de werkgever met een beroep op artikel 7:686 BW in rechte (partiële) ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen vorderen. Voor een geslaagd beroep op artikel 7:686 BW is dan wel vereist dat sprake is van een ernstige en verwijtbare tekortkoming.⁵³ De kans dat de rechter het door de werknemer vasthouden aan een contractuele afspraak als ernstig verwijtbaar zal beoordelen, lijkt evenwel niet groot.

Als eenzijdige wijziging zonder wijzigingsbeding niet mogelijk is, kan de werkgever ook een beroep doen op artikel 6:258 BW. In dit artikel is bepaald dat iedere partij bij een overeenkomst van de rechter kan verlangen de overeenkomst te wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden, die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Maar een beroep op dit artikel is niet mogelijk indien de overeenkomst een opzeggingsmogelijkheid op grond van onvoorziene omstandigheden bevat. Dit roept allereerst de vraag op of de in artikel 7:669 lid 3 onder h BW genoemde grond voor opzegging – te weten andere (dan de daarvoor onder a tot met g genoemde) omstandigheden – mede onvoorziene omstandigheden omvat. Indien dat het geval is, dan zou dat aan een beroep op artikel 6:258 BW in de weg staan. Daarnaast mag de rechter een dergelijke vordering afwijzen indien de partij zich op dit artikel beroept wegens omstandigheden die krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor haar risico komen. Ook hier is goed denkbaar dat een beroep van een werkgever op artikel 6:258 BW bij arbeidsverhoudingen zal stranden. Het arbeidsrecht is immers bij uitstek bedoeld om de economisch zwakkere werknemer te beschermen tegen de economisch sterkere werkgever. De ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht zou teniet worden gedaan indien de werkgever het risico van economische tegenwind door aanpassing van gemaakte afspraken zou kunnen afwentelen op de werknemer. Bovendien is dit in strijd met de gedachte die mede aan de wijzigingsbevoegdheid van artikel 6:258 BW ten grondslag ligt, namelijk om de gevolgen van de na de totstandkoming van

52 Schending van verplichtingen uit art. 7:611 BW is een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, die – bij toerekening – leidt tot een schadevergoedingsplicht (als de schuldenaar in verzuim is). Bij gebreke van een wettelijke bepaling valt niet in te zien hoe (louter) een beroep op art. 7:611 BW kan leiden tot wijziging van een overeenkomst door de rechter.

53 Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ9580, RAR 2007/65.

de overeenkomst ontstane en onvoorziene omstandigheden door aanpassing van de overeenkomst zo veel als mogelijk aan te sluiten bij de oorspronkelijke risicoverdeling voor de ontstane maar niet-voorziene omstandigheden.⁵⁴ Ware dit anders, dan had het kabinet eenvoudig kunnen afzien van de introductie van de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkgelegenheid (NOW), die juist in het leven is geroepen om werkgevers tijdens de coronacrisis compensatie te bieden voor een groot deel van de loonkosten.

Indien het wijzigingsvoorstel van de werkgever de toetsing aan de eerste twee trappen van de drietrapsraket doorstaat en in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd dat hij met het wijzigingsvoorstel instemt, maar dat desondanks weigert, voldoet hij niet aan zijn verplichting die voortvloeit uit het beginsel van goed werknemerschap. Een werkgever kan er om die reden ook voor kiezen om een schadevergoeding te vorderen ex artikel 6:74 BW of met een beroep op artikel 3:296 BW vorderen dat de werknemer op straffe van verbeurte van een dwangsom wordt veroordeeld in te stemmen met het wijzigingsvoorstel door ondertekening van een overeenkomst waarin dat wordt vastgelegd, al dan niet onder gelijktijdige indiening van een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, bestaande uit het in strijd met zijn uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting niet willen instemmen met het wijzigingsvoorstel van de werkgever.

Een andere – en wellicht meest eenvoudige – optie biedt artikel 3:300 BW: is iemand jegens een ander gehouden een rechtshandeling te verrichten, dan kan de rechter op vordering van de gerechtigde bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling is gehouden.

Op 25 januari 2019 overwoog de Hoge Raad in de *Amstra*-beschikking⁵⁵ het volgende:

‘Mede gelet op het algemeen geldende art. 3:300 BW moet dan ook worden geoordeeld dat het stelsel van de Wvz zich niet ertegen verzet dat de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstelt indien hierom is verzocht. Ook de aard van de te verrichten rechtshandeling verzet zich hiertegen niet. Indien in het dictum van een uitspraak de arbeidsovereenkomst wordt hersteld, wordt daardoor met ingang van de hersteldatum een arbeidsovereenkomst van kracht waarvan – tenzij de rechter anders bepaalt – de inhoud gelijk is aan die van de opgezegde of ontbonden arbeidsovereenkomst.’

Artikel 3:300 BW maakt het mogelijk dat de uitspraak van de rechter in de plaats komt van ‘een in wettige vorm opgemaakte akte’. Nu de Hoge Raad dit artikel ook toepasbaar acht in het arbeidsrecht, kan worden betoogd dat een uitspraak van de rechter in de plaats kan komen van de te wijzigen arbeidsvoorwaarde. Dit lijkt eenvoudig, nu het wijzigingsvoorstel in de praktijk heel duidelijk zal zijn

54 Zie W.H. van Boom, *Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis*, NTBR 2020/11.

55 HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80.

geformuleerd, zodat daar niet snel misverstanden over zullen kunnen ontstaan.⁵⁶ Als die rechter van oordeel is dat de werknemer op grond van de in het arrest *Stoof/Mammoet* geformuleerde maatstaf gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, maar de werknemer dat weigert, dan kan in de uitspraak worden opgenomen dat de gewijzigde arbeidsvoorwaarde met ingang van een door de rechter te bepalen datum in de plaats treedt van de eerder geldende arbeidsvoorwaarde.

4.10 Conclusie

Een (structurele) eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden is zonder eenzijdige-wijzigingsbeding niet mogelijk. De werkgever die zich niet het recht heeft voorbehouden arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, zal – bij gebreke van overeenstemming met de werknemer – altijd vooraf toestemming van de rechter behoeven voordat hij een wijziging in de contractuele afspraken kan doorvoeren. De werkgever die zonder voorafgaande toestemming van de rechter en zonder overeenstemming met de werknemer eenzijdig contractuele afspraken wijzigt, pleegt wanprestatie. In dat geval kan de werknemer schadevergoeding en naleving van de oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden vorderen, totdat in rechte komt vast te staan met ingang van welke datum welke wijzigingen voor (on)bepaalde tijd mogen worden doorgevoerd in de eerder gemaakte afspraken. Indien de werknemer een dergelijke vordering instelt, doet de werkgever er in ieder geval verstandig aan een reconventionele vordering in te stellen om de zo concreet mogelijk omschreven wijziging alsnog op basis van een rechterlijke uitspraak te kunnen effectueren. Bovendien kan ook een werknemer met een beroep op artikel 7:611 BW van een goed werkgever verlangen dat de werkgever instemt met een op dit artikel gebaseerd verzoek de contractuele afspraken te wijzigen,⁵⁷ of met het verzoek een op enig moment (met toestemming van de rechter) doorgevoerde wijziging⁵⁸ in arbeidsvoorwaarden terug te draaien zodra de omstandigheden, die aanleiding vormden voor een eerder doorgevoerde wijziging, zijn veranderd.⁵⁹

56 Zie hierover M.S.A. Vegter, De bij herstel van de arbeidsovereenkomst door de appelrechter te treffen voorzieningen, TRA 2019/39, die het standpunt verdedigt dat een uitspraak van de rechter in de plaats kan komen van een arbeidsovereenkomst.

57 Denk bijvoorbeeld aan een loonsverhoging als deze ook na jaren werkervaring uitblijft.

58 Bijvoorbeeld indien arbeidsvoorwaarden met een beroep op de coronacrisis zijn versoerd, maar de economie daarna weer aantrekt.

59 Zie voor een geslaagd beroep van de werknemer op art. 7:611 BW recent HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*).

Register

A

aangekleed (Stoof/Mammoet) goed werkgeverschap 168
aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden 182
aanzienlijke wijziging 185
abrupte en aanzienlijke verlaging 183
achterban 92
achterbanraadpleging 92
adhesiecontract 20
ADV 121
afbouwregeling 137, 256
(afhankelijke) familieleden 130
akkoord 66
algemeen belang 184, 185
algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep 172, 175, 179
ambtenaren het eigendomsrecht 183
analoge toepassing 263
arbeidscontracten voor bepaalde tijd 185
arbeidsduur 116, 118, 129
arbeidsduurvermindering 120
arbeidsgezondheidskundig onderzoek 130
arbeidsomstandighedenbeleid 130
arbeidspatroon 130
arbeidsplaats 171
arbeidsplek 171
arbeidsreglement 24, 65
arbeidstijd 116, 119, 129
arbeidsvoorwaarde 65, 78, 116, 136
arbomaatregelen 78
(ATV)-regeling 121
autokostenregeling 25
autoleasereglement 80

B

Balkaya-arrest 264
BBA 1945 128
bedrijfsauto 172, 190
bedrijfseconomische noodzaak 267
bedrijfseconomische omstandigheden 262
bedrijfsregelingen 65
bedrijfsrendement 126
bedrijfsrisico's 266
belangenafweging 136
beloningssysteem 140
benchmarks 74
bij- en omscholing 129
bij wet voorzien 184, 185
Bildung 18
'billijke' evenwicht 181
bonus 74, 93
busvervoer 135

C

centrale ondernemingsraad 67
cherry picking 70
clause 4 173
CO₂-uitstoot 78, 80
collectief ontslag 172, 264
collectief overleg 66
collectieve arbeidsovereenkomst (cao) 179
concurrentie op arbeidsvoorwaarden 51
consignatie 130
consignatietoeslag 93
consistentie 164
continuïteit van de onderneming 267
contractuele afspraken 260
contractuele leer 262
coronacrisis 30, 262, 267, 269

coronavirus 128
correctiemogelijkheid 169
countervailing power 75
crisisprogramma 129

D

declarabele werkzaamheden 126
deeltijdontslag 119, 123, 263, 268
deferral-beleid 85
degraderen 166
demoveren 166
dertiende maand 93, 112
dienstrooster 253, 263
directierecht 116
disciplinaire maatregelen 166
discretionaire bevoegdheid 93, 99
doorwerking van het vermogensrecht
263
draagkracht van de motivering 99
draagvlak 60
drietrapsraket 258, 262
duobanen 77
duty to consider 171
duurovereenkomst 14
dynamische-incorporatiebeding 69

E

ECN/OMEN 243
economische, technische en organi-
satorische 180
eenzijdige doorvoering 262
eenzijdige-wijzigingsbeding 65
eindejaarsuitkering 93
employabilitybudget 80
ernstige problemen bij de bedrijfs-
voering 124, 126
ernstige problemen op het gebied
van veiligheid 124
ernstige problemen van rooster-
technische aard 125
ernstig verwijtbaar handelen of
nalaten van de werkgever 182
eto-ontslagen 180
eto-redenen 180
Europees recht 172
evenredigheid 99, 166, 168, 171
evenredigheidsbeginsel 171, 183
evident onredelijk 70
EVRM 183

excessief in termen van proportiona-
liteit 184
extraterritoriale werking 130

F

Fair Play 239
Fair Play-uitspraak 67
financiële of organisatorische 172
flexibele begin- en eindtijd van een
werkdag 77
flexibele werken 77
flexibiliteit 124, 134
formatieruimte 124, 127
functie- of beloningssysteem 78
functiewaarderingssysteem 140
functiewerkzaamheden 78
functiewijziging 29, 31, 41

G

(gedeeltelijk) ontslag 120
gedwongen instemming 262
gelijkheidsbeginsel 100
gemeenschap 17
gereduceerde werkdag 77
geschikt middel 183
gewijzigd overheidsbeleid 266
gezagselement 116
gezichtspunten 15, 23, 40, 48, 49, 61
Gisolf 165
goed werkgeverschap, aangekleed
128
goed werkgeverschap, kaal 128, 168
goodwill 266
gratificatie 93
grotere inzet van de werknemers
126

H

Handvest van de grondrechten van de
Europese Unie 172
harmonisatie 78, 203
hermeneutische cirkel 40
herziening van de aanpassing van de
arbeidsplaats 171
het nieuwe werken 77
honoreringssystematiek 109
horeca 135
huisvesting 126
hypotheekrentekorting 108

I

ICT 126
immuniteit 23
impliciet ontslag 264
imprévision 104
in beginsel 263
inconveniënten 78
inconveniëntentoeslag 78
incorporatie 27
incorporatiebeding 69
informatie 112
inkomensachteruitgang 256
in resultaat 263
inroostering 134, 135
instemming 136, 256
institutionele opvatting 141
institutionele theorie 19
instructierecht 116, 117, 130, 170, 257
inzet van freelancers 127

J

jaarurencontracten 77
jubileumuitkering 80

K

kaasschaafmethode 108
'kan'-bepaling 99
Kolom 122, 132
kostenbeheersing 266
kredietcrisis 266
kwalificatieomweg 185

L

leaseauto(regeling) 138, 172, 193
loonmatiging 266
loonoffer 62, 91

M

maatschappelijke verantwoordelijkheden 130
marktconform 74, 266
misbruik 185
misleiding 113
mix van organisatorische, financiële en roostertechnische aard 127
mobiele telefoon 138
modernisering 78, 80

N

nachtarbeidtoeslag 79
nachtdienst 130
nachttoeslag 93
nader functionerings- of beoordelingsgesprek 171
nationale collectieve arbeidsovereenkomst 179
nationalisatie van SNS-bank 83
netto-outperformance 74
nevenwerkzaamheden 85
nieuwe wetgeving 81
NL leert door 129
non-discriminatie op grond van leeftijd 179
noodzakelijkheid wegens dwingende interne vereisten 181
NOW 2.0 129

O

onderdeelscommissie van de OR 134
ondernemingsovereenkomst 26, 66, 92
ondernemingsraad 65, 256
ongeclausuleerd en welbewust 261
ongelijke behandeling 172, 179
ongelijkheidscompensatie 270
ongeschreven beleidsregel 85
onkostenregeling 91, 172, 226
onregelmatigheidstoeslag 93, 109, 137
ontslagvergoedingen 85
onvoorziene omstandigheden 270
opgewekt vertrouwen 99
opties 93
optieervalbeding 102
ouderschapsverlof 126
overeenstemming 261
overgang van onderneming 68
overheidssubsidie 81
overplaatsing 169, 171

P

pandemie 81
parlementaire geschiedenis 260
particuliere beveiliging 135
partiële ontbinding 263
parttime 77
pauzeregelingen 130

pensioen 172, 228, 231
pensioendriehoek 229
pensioenovereenkomst 231
pensioenvoorziening 53
periodiek 93, 112
personeelsaanbod 124
personeelsbegroting ontoereikend
124, 127
personeelsgids 25, 65
personeelskorting 108
persoonlijke omstandigheden 130
ploegentoeslag 93
PontMeyer-arrest 139
possession 184, 185
precedentwerking 124, 125
prestatietoelage 112
preventieve toetsing 263
primaire arbeidsvoorwaarden 65, 256
primaire en secundaire arbeidsvoor-
waarden 75
privébelangen van de werknemer 255
privésituatie 135
proportionaliteitsbeginsel 81, 185
proportioneel 184, 185
Pujante Rivera 264

R

raadpleging 92
raamovereenkomst 173, 185
rangordenen 78
recht op eigendom 184, 185
rechtsvermoeden 66
rechtsvinding 56
reconventionele vordering 255, 272
recreatie 135
redistributie 23, 50, 52
re-integratiebeleid 140
reiskostenregeling 219
(reis)onkostenvergoedingen 172
relatieve leer 91
remuneratie 93
representatief 69
reputatieschade als zwaarwichtig
belang 84
right to ask 171
risico-inventarisatie en -evaluatie
(RIE) 130
risicosfeer 29

rooster 119, 135
roosterinvoeringen 78
roostertechnische 172
roosterwijziging 254, 256
ruimere werktijden en werkplekken
124
ruimte 13, 16, 30
ruimte in de bezetting 126

S

salaristrappen 179
salarisverlaging 261
schaalstappen 112
schadevergoeding 271
schooltijdcontract 77
schriftelijk 67
severance-policy 85
sferisch arbeidsrecht 20, 23, 48, 58
SIPOR-beschikking 132
snel en adequaat handelen 184
solidariteitsbeginsel 55, 57, 267
spreiding van uren 116, 123
standplaats 169
standplaatswijziging 169, 170
structurele arbeidsduurverkorting
128
stukgelopen overleg 262
subsidiariteitsbeginsel 81, 100, 168,
171
substantiële arbeidsduurverminde-
ring 123
substantiële inkomstendaling 87

T

taxivervoer 135
telewerk 77
teruggave 138
teruglopende subsidie 127
tijd 13, 14
Tijdelijke Noodmaatregel Over-
brugging voor Werkgelegenheid
(NOW) 128, 271
tijdige informatie 169
tijdigheid 136
totstandkomingsgeschiedenis 65
transitievergoeding 123
transparant 70

U

uitdrukkelijke instemming 67
uitgeverijbedrijf 135
uniforme werktijden 255

V

vakantiebijslag 93
vakbond(en) 65
van rechtswege 268
variabele beloning 83, 99
veiligheid 125, 172
veranderde regelgeving 137
verantwoord ondernemen 80
verbetertraject 171
verbod van werktijdverkorting 128
vereenzelvigd 87
verlaging van loon 169
vermindering van de arbeidsduur 122
vermoed 66
verplichte informatieverstopping 113
verrassing 70
verslechtering 69
vervangende auto 138
vervoersregelingen 172
verwanten en naasten 130
verworven recht 100, 254
Victoria-beschikking 122, 132, 168
Victoria en SIPOR 132
vierdaagse werkweek 126
vijfdaagse werkweek 126

W

waarschuwing 171
wanprestatie 259, 272
weekendtoeslag 93
werkplek 171
werkrooster 116, 129
werktijd 116, 119, 128
Wet flexibel werken (Wfw) 123
Wet maatschappelijke ondersteuning
2015 162
wijzigen 77
wijzigingsontslag 263
wijzigingsrecht 270
winstdelingsregeling 44, 67
winstmaximalisatie 267

Z

zaterdagtoeslag 93
ziekenhuizen 135
ziekte 138
zondagsarbeid 130
zondagstoeslag 93
zorg 130
zorg(taken) voor kinderen 130
Zorgverzekeringswet (Zvw) 81
zorg voor een kind 255
zorgvraag 124
zorgvuldigheidsbeginsel 168, 169, 171
zuiverheid van oogmerk 99
zwaarwegende bedrijfseconomische
of bedrijfsorganisatorische
omstandigheden 75
zwaarwichtig belang 65, 75, 121, 260
zwembaden 135
zwijgen 113

