

Mr. J.J.M. de Laat

36

R

De (eenzijdige)
wijziging
van de
arbeidsovereenkomst

De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst

Vereniging voor Arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

nr. 36

De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst

Mr. J.J.M. de Laat

Aanbevolen citeertitel
De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst, Reeks VvA 36

Secretariaat VvA
De Eem 15
3448 DS Woerden
Fax: 0348-422635

Omslagontwerp: Ontwerpbureau Ghering

ISBN 978 90 13 05430 9
NUR 825-503

© 2008, Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeed ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoudsopgave

Voorwoord van het bestuur	xi
Voorwoord van de auteur	xiii
INLEIDING	1
1 DE WIJZIGING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST, AFBAKENING EN EEN KORTE BLIK IN DE HISTORIE	9
1.1 Onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke wijzigingen	9
1.2 Historie	11
1.2.1 Het begrip ‘wijziging’ (vóór 1998)	11
1.2.2 Wijziging en instemming (vóór 1998)	14
1.3 De ons omringende landen	17
1.4 Het oude arbeidsreglement	17
1.4.1 Het arbeidsreglement: een allegaartje?	17
1.4.2 De redelijkheid en billijkheid, het arbeidsreglement en wijziging van arbeidsvoorwaarden	20
1.4.3 Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar	23
1.5 Wetsontwerp afschaffing arbeidsreglement en invoering art. 7:613 BW	26
1.5.1 Faux pas van ministers?	26
1.5.2 Achtergrond van invoering art. 7:613 BW	27
1.5.3 De werking van de voorgestelde regeling	29
1.5.4 Ministers op schreden teruggekeerd?	31
1.5.5 Tussenconclusie	33

1.6	Schriftelijkheid van het eenzijdige-wijzigingsbeding . . .	34
1.6.1	Schriftelijk	34
1.6.2	Opname in de arbeidsovereenkomst	37
1.6.3	Flexibiliteit en zekerheid, het concurrentiebeding en het eenzijdige-wijzigingsbeding	37
1.6.4	Het niet in de arbeidsovereenkomst zelf opgenomen eenzijdige-wijzigingsbeding	40
1.6.5	Overgangsrecht	41
1.7	Goed-werkgeverschap vóór 1998	42
1.8	Ontwerpen van Wet aanpassing arbeidsduur (WAA)	44
1.9	Samenvatting 1.1 tot en met 1.8	47
1.10	Parallel Entry	50
1.11	De Frans Maas-saga	57
1.12	Tussenconclusies 1.1 tot en met 1.19	63
1.13	Zwaarwichtig belang	65
1.13.1	Verhouding CAO tot ondernemingsovereenkomst (I) . . .	66
1.13.2	Afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer	67
1.13.3	Bemoeienis ondernemingsraad met primaire arbeidsvoorwaarden	69
1.13.4	Verhouding CAO tot ondernemingsovereenkomst (II) . . .	72
1.14	Imprévision (onvoorziene omstandigheden)	73
1.14.1	Verhouding imprévision en art. 7:685 BW	73
1.14.2	Lagere rechtspraak over imprévision	80
1.14.3	Plaatsbepaling van art. 6:258 BW	85
1.15	Goed-werknemerschap	86
1.15.1	Aanvullende en beperkende redelijkheid en billijkheid . .	86
1.15.2	Goed-werknemerschap en de WAA	89
1.15.3	Andere vormen van toepassing van het goed- werknemerschap	93

1.16	Omstandigheden, ordevoorschriften en arbeidsvoorwaarde(n)	95
1.16.1	De afbakening tussen arbeidsvoorwaarde(n) en ordevoorschriften	95
1.16.1.1	Arbeidsvoorwaarde(n)	95
1.16.1.2	Goed-werknemerschap en disfunctioneren	99
1.16.2	Ordevoorschriften	100
1.16.3	Faciliteit	102
1.16.4	Goed-werknemerschap en overgang van onderneming	102
1.16.5	Samenvatting goed-werknemerschap	105
1.17	Goed-werkgeverschap (na 1998)	105
1.17.1	Goed-werkgeverschap, functie en functioneren	105
1.17.2	Goed-werkgeverschap en ontbinding	110
1.18	Instemming (na 1998)	110
1.19	Eindconclusie hoofdstuk 1	112
2	LIJN IN DE RECHTSPRAAK?	117
2.1	Loon	118
2.1.1	Basaal loon	118
2.1.2	Loon in de vorm van omzet	118
2.1.3	Loon in de vorm van een bonus	120
2.1.4	Loon in de vorm van provisie	123
2.1.5	Loon in de vorm van fooien	127
2.1.6	Loon in de vorm van vergoeding voor karwei	128
2.1.7	Loon in de vorm van deel van de winst	130
2.1.8	Loonsverlaging en bankzitten	131
2.1.9	Loon omgezet in reistijdenvergoeding	133
2.1.10	Loon in de vorm van persoonlijke toeslag	133
2.1.11	Garantieregeling en toeslageregeling	135
2.1.12	Jubileumtoelage en kleine toeslag	137
2.1.13	Onregelmatigheidstoelage	138
2.1.14	Verkapt loon (I)	139
2.1.14.1	Onkostenregeling en pensioenpremie	140
2.1.14.2	Verkapt loon (II)	141
2.1.15	Tussenconclusie ten aanzien van loon	142

2.2	Arbeidsduur en werktijden	144
2.2.1	Werktijden teruggebracht van 45 naar 40 uren per week	145
2.2.2	Werktijden	147
2.2.3	Dienstroosters	152
2.3	Pensioen	154
2.4	Kinderopvang	158
2.5	Vervoersregelingen	160
2.5.1	Bedrijfsbus	160
2.5.2	Carpool- ofwel meerijdovereenkomst	163
2.5.3	Auto voor woon-werkverkeer	163
2.5.4	Bedrijfsauto (I)	165
2.5.5	Lease-auto (I)	166
2.5.6	Groepsvervoersregeling	168
2.5.7	Lease-auto (II)	169
2.5.8	Bedrijfsauto (II)	171
2.5.9	Lease-auto (III)	173
2.5.10	Tussenconclusie vervoersregelingen	175
2.6	Ticketregeling	176
2.7	Zorgverzekeringswet	177
2.7.1	Rechtspraak en Zorgverzekeringswet	177
	2.7.1.1 Toetssteen: onaanvaardbare wijziging?	178
	2.7.1.2 Toetssteen: goed-werknemerschap?	180
2.8	Wetgeving en arbeidsvoorwaarden	182
2.9	De wijziging van niet één maar verscheidene arbeidsvoorwaarden	185
2.10	De mix van arbeidsvoorwaarde(n) en omstandigheid	189
2.11	Nieuwe werknemers	191
2.12	Anciënniteit	193
2.13	Afbouwregeling	194

2.14	Harmonisatie	196
2.15	Conclusie hoofdstuk 2	198
3	PARTIËLE ONTBINDING, INCORPORATIEBEDING EN HARMONISATIE NA OVERGANG	201
3.1	Partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst	201
3.2	Het geïncorporeerde cao-beding	204
3.3	Wijziging van arbeidsvoorwaarden en overgang van onderneming	213
3.3.1	Wijziging onmiddellijk na overgang	213
3.3.2	Te Riet-Rode Kruis	216
3.3.3	Geen nawerking bij ge-avv-de bepalingen cao	220
3.4	Wijziging en ontslag	221
3.4.1	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) ...	222
3.4.2	Ontbinding wegens gewichtige redenen	224
3.4.3	Verschillen duidelijk?	227

Voorwoord van het bestuur

Mogen bepalingen uit de arbeidsovereenkomsten door de werkgever eenzijdig worden gewijzigd, en als dat dan al mag, onder welke voorwaarden? Bij de beantwoording van deze vragen heeft de wetgever niet geholpen door geen duidelijke keuze te maken, maar slechts het gebruik van een eenzijdige wijzigingsbeding aan banden te leggen. Omdat de wettelijke bepaling waarmee dat is geschied maar ten dele past bij de overige van toepassing zijnde wettelijke normen, is het beantwoorden van de vragen voor de rechtspraak, zowel voor de rechtshulpverleners als voor de rechterlijke macht, een lastige opgave. Op andere plaatsen, ook buiten titel 10 boek 7 BW komen wettelijke normen voor die voor de beantwoording van de gestelde vragen van belang zijn. Het bestuur van de vereniging voor Arbeidsrecht is zeer verheugd dat haar oud-voorzitter, Sjef de Laat, het draadje van de bijna onontwarbare kluwen van de regeling van de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst aanpakt en zodoende de kluwen vakkundig uiteenrafelt. Hij loopt de wettelijke bepalingen en de ontstaansgeschiedenis daarvan nauwkeurig langs, evenals de toepasselijke jurisprudentie, en helpt zo het vraagstuk eenvoudiger te beantwoorden. Het is een bijdrage in de reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht die de bestudering en beoefening van het arbeidsrecht op het gebied van het leerstuk van wijziging van de arbeidsovereenkomst veel verder brengt. Het bestuur is er daarom trots op dat dit boek in deze reeks kon worden uitgegeven, en wenst u bij het lezen en toepassen van deze bijdrage in de praktijk veel plezier en succes toe.

Namens het bestuur,
Evert Verhulp, voorzitter

Voorwoord van de auteur

Deze queeste naar art. 611, 613, 248 en 258 BW is tamelijk breed uitgevallen.

Een onderzoek naar de verhouding tussen goed-werknemerschap, goed-werkgeverschap, zwaarwichtige belangen, zwaarwegende redenen, onvoorziene omstandigheden en de aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid kost alleen al bijna honderd bladzijden. En daarna moet logischerwijs – het moet ook praktisch blijven – ook nog een toepassing van de gevonden maatstaven volgen op onderwerpen als winstdeling, provisie, fooien, bankzitten, jubileumtoelage, onregelmatigheidstoelage, arbeidsduur en werktijden, ploegendienst, pensioen, zorgverzekeringskosten, kinderopvang, lease-auto's, woon-werkverkeerkosten, autodeling (carpool), voetbalkaartjes, kerstpakketten en de boterletter bij Sinterklaas.

Mijn dank gaat uit naar (mrs.) E.L.A. van Buitenen, D.M. van Genderen, P. Krepel, I.J. de Laat en R.W.J. van Veen voor hun commentaar op mijn eerste quisquiliën. E. Hendriksen dank ik in het bijzonder voor de inspirerende gedachten in Jotunheimen over arbeidsvoorwaarden als laptop en bedrijfsmobielkje.

Sjef de Laat
december 2007

Inleiding

A.

Onder welke omstandigheden of, zo men wil, onder welke voorwaarden mag de werkgever eenzijdige veranderingen aanbrengen in de arbeidsvoorwaarden van de werknemers? Over het antwoord op deze vraag bestaat thans in Nederland grote verwarring. Sommige schrijvers in de literatuur gaan al zover dat zij, vanwege die ‘onontwarbare kluwen’¹, een ingrijpen van de wetgever noodzakelijk achten.² Mijns inziens is ingrijpen van de wetgever niet nodig. De wetgever heeft immers al in 1998 grondig ingegrepen³ en het is nu aan het veld van de juridische praktijk om orde op zaken te stellen. De ontrafeling van het mysterie is evenwel niet eenvoudig. Het kost enige tientallen pagina’s om duidelijk te maken waardoor de verwarring is ontstaan. En misschien zou vervolgens overtuigend kunnen worden aangetoond dat de verwarring voornamelijk het gevolg is van te veel ‘geconstrueer’ met normen als zwaarwichtig belang (art. 7:613 BW), de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en goed-werknemerschap (art. 7:611 BW). Dan nog blijft discussie mogelijk over het antwoord op de vraag of een duidelijke, althans minder verwarringwekkende, oplossing voor de vele zich in de praktijk voordoende vormen van wijziging van de arbeidsvoorwaarden mogelijk is.

- 1 Het beeld is afkomstig van R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, *Arbeid Integraal* 2004/ 2, p. 31.
- 2 W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak, Arbeidsrechtelijke Annotaties (ArA) 2006/3*, p. 4 e.v. en C.J. Loonstra, *Arbeidsovereenkomstenrecht 1996-2006: uniform, transparant en handhaafbaar, Arbeid Integraal*, 10 jaar special, 2006. Recentelijk ook W.L. Roozendaal en A.T.J.M. Jacobs, *De spanning van de contractsband in de arbeidsovereenkomst, SMA 11/12 (november/december. 2007)*, Themanummer Honderd jaar Wet op de arbeidsovereenkomst, p. 423 e.v., m.n. 427 en 428. Zij stellen al een nieuwe tekst voor art. 7:613 BW voor.
- 3 Met de invoering van art. 7:613 BW en de afschaffing van het arbeidsreglement.

De verwarring is allereerst ontstaan doordat ongeveer tegelijkertijd, in 1998, art. 7:613 BW werd ingevoerd en art. 7:611 BW een nieuw accent kreeg. Ik doel met het eerste op de wettelijke mogelijkheid die de werkgever werd geboden een eenzijdige-wijzigingsbeding⁴ met de werknemer af te spreken (en vervolgens een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van een zwaarwichtig belang door te voeren). En met het tweede doel ik op de revitalisering door de Hoge Raad van het begrip goed-werknemerschap, tengevolge waarvan de werknemer onder omstandigheden redelijke voorstellen van de werkgever moet aanvaarden (het zogenoemde Taxi-Hofman-arrest⁵). De verwarring is vervolgens toegenomen, doordat onduidelijkheid ontstond over het antwoord op de vraag of, wanneer de werkgever geen eenzijdige-wijzigingsbeding met de werknemer heeft gesloten, de lichtere norm van het goed-werknemerschap van toepassing wordt⁶ of de veel zwaardere norm van de onaanvaardbaarheid (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) van het wijzigingsvoorstel van de werkgever. Uitgangspunt in deze discussie vormt regelmatig dat art. 7:613 BW geen doel meer dient.⁷ Nog meer onduidelijkheid werd gecreëerd toen de discussie de kop opstak of er eigenlijk in de praktijk wel verschil bestaat tussen een door de werkgever aan te tonen zwaarwichtig belang (art. 7:613 BW) en de redelijkheid van een wijzigingsvoorstel (art. 7:611 BW) en de onaanvaardbaarheid van de

- 4 Het beding en de eenzijdige wijziging maakt een samenstelling die (helaas) luidt: een eenzijdige-wijzigingsbeding of het eenzijdige-wijzigingsbeding. Eenzijdig wijzigingsbeding leest makkelijker dan eenzijdige-wijzigingsbeding, maar eenzijdig zonder e erachter slaat dan op beding en dat is een contradictio in terminis, want het beding wordt tweezijdig overeengekomen.
- 5 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767 en JAR 1998/199.
- 6 R.P.J ter Haseborg, *Ondernemingsrecht 2007-6*, p. 266 schrijft: ‘Als de werkgever geen wijzigingsbeding met de werknemer is overeengekomen, dan mag de werkgever volgens het arrest van de HR Van der Lely/Taxi Hofman slecht de arbeidsovereenkomst wijzigen indien het voorstel hiertoe redelijk is (...)’. Zie ook J.M.L. van Koeverden Brouwer, *De Wulbz 2003: de (on)mogelijkheden voor eenzijdige wijziging van bestaand ziektebeleid*, *ArbeidsRecht 2004*, 55.
- 7 L.J. de Vroe, *Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van art. 7:613 BW*, *Arbeidsrecht 2001*, 9 en M.S.A. Vegter, *JAR Verklaard d.d. 6 september 2002*, p. 5. Zie ook: B.H.A. Moonen, *het arbeidsrechtelijk schisma: contract of institutie*, *Arbeid Integraal 2004/1*, p. 5 e.v.

voorgestelde wijzigingen voor de werknemer (art. 6:248 lid 2 BW).⁸ De ontstane verwarring werd niet kleiner, doordat ook nog een andere norm werd gehanteerd, te weten dat ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarden niet door de werknemer mocht worden verwacht. Die norm is ontleend aan art. 6:258 BW (*imprévision*). De veroorzaakte onduidelijkheid bereikte grote hoogten toen ook de norm van het goed-werkgeverschap, dat naast goed-werknemerschap in art. 7:611 BW staat, af en toe opdook. Ten slotte speelt de vraag waarom bij de wijziging van arbeidsvoorwaarden als de lease-auto een zwaarwichtig belang moeten worden aangetoond, terwijl bij de allerzwaarste vorm van wijziging van de arbeidsovereenkomst, te weten de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, de schijnbaar lichtere norm van veranderingen in de omstandigheden (art. 7:685 BW) en de redelijkheid van een voorgenomen opzegging (art. 6 BBA) de toon zetten.

De hang naar meer rechtseenheid en meer duidelijkheid is dan ook zeer begrijpelijk.⁹ Terecht wordt opgemerkt dat een algemene eis aan het recht en dus ook aan het individuele arbeidsrecht is dat het helderder verschaft en geen onnodige complexiteiten kent.¹⁰ Bovendien, zo voeg ik er zelf aan toe, is rechtseenheid ook nodig om niet onnodig veel inflatie te krijgen van het rechterlijk gezag en het vertrouwen in de rechterlijke macht.

B.

Bij het maken van een overzicht van de verscheidene normen die voorkomen bij het onderwerp van de verandering van de arbeidsovereenkomst valt op hoeveel er wel niet zijn. Soms zijn de verschillen subtiel. Voorlopig tel ik er tien (10).

- 8 R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, in *Arbeid Integraal* 2004/2, april 2004, p. 31 e.v.; W.A. Zondag, Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lage) rechtspreek, *ArA* 2006/3, p. 4 e.v., die op p. 49 de (toepassing van de) art. 613, 611 en 248 'technieken' noemt en op p. 29 gelijkgeschakeling van art. 611, 613 en 248 bepleit.
- 9 Soms bevat de titel van een geschrift zelfs die oproep: C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx, Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadering van rechters gewenst. *Arbeidrecht* 2005, 26.
- 10 C.J. Loonstra, *Arbeidsovereenkomstenrecht 1996-2006: uniform, transparant en handhaafbaar*, *Arbeid Integraal*, 10 jaar special, 2006, die ook al een concept-wetstekst formuleert.

Art. 7:613 BW

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 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.

Art. 6:248 lid 1 BW (aanvullende redelijkheid en billijkheid)

Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

Art. 6:248 lid 2 BW (beperkende redelijkheid en billijkheid)

Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Art. 6:258 BW (imprévision)

De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van overeenkomst niet mag verwachten.

Art. 2 lid 5 Wet aanpassing arbeidsduur (WAA)

De werkgever willigt het verzoek van de werknemer om aanpassing van de arbeidsduur in, voor zover het betreft het tijdstip van ingang en de omvang van de aanpassing, tenzij zwaarwegende bedrijfsbelangen (of dienstbelangen) zich daartegen verzetten.

Art. 2 lid 6 Wet aanpassing arbeidsduur (WAA)

De werkgever stelt spreiding van uren vast conform de wens van de werknemer en kan de gewenste spreiding van de uren wijzigen indien

hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Art. 5:4 Wet arbeid en zorg (WAZORG)
(kortdurend zorgverlof)

Het verlof vangt niet aan of eindigt in ieder geval zodra de werkgever aan de werknemer kenbaar maakt dat hij tegen opnemen van het verlof onderscheidenlijk de voortzetting daarvan een zodanig zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Art. 7:611 BW

De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.

Art. 7:638 BW

De werkgever kan, indien daartoe gewichtige redenen zijn, na overleg met de werknemer, het vastgestelde tijdvak van vakantie wijzigen.

Art. 2 lid 7 Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) (oud)

De werkgever mag, mits al eerder een voorbehoud ter zake is gemaakt, de bijdrage in de pensioenpremie wijzigen, indien sprake is van een ingrijpende wijziging van omstandigheden.

De laatste norm, uit de PSW, is inmiddels verouderd, omdat de nieuwe Pensioenwet aansluit bij art. 7:613 BW (zie hoofdstuk 2.3.)

C.

In de eerste paragrafen komt de beschrijving van de (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst voor en later verandert het woordje arbeidsovereenkomst stilaan in (eenzijdige wijziging van de) arbeidsvoorwaarden. Dat laatste is tussen 1998 en 2007 het veruit belangrijkste thema geworden, maar de verandering van de arbeidsovereenkomst zelf komt ook soms voor. Een (schaars) voorbeeld is de door de kantonrechter in Amsterdam beoordeelde wijziging van

het arbeidcontract.¹¹ En verder speelt de wijziging van de arbeids-overeenkomst ook een rol wanneer niet specifiek arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd maar, in de terminologie van het Taxi Hofman-arrest¹², de omstandigheden op het werk wijzigen. Daarover meer in de hoofdstukken 1.15, 1.16 en 1.17.

D.

Twee hoofdthema's keren in dit boek telkens weer terug. Het eerste thema is de vraag naar de betekenis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, die in art. 6:248 lid 2 BW is neergelegd. De beperkende werking, die in beginsel tegenover de aanvullende werking staat, houdt in dat een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet wordt toegepast, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Aan dit thema zal hieronder ruim aandacht worden besteed. De reden daarvoor is dat er in de literatuur (en in mindere mate de rechtspraak) verscheidene argumenten worden aangevoerd om art. 6:248 lid 2 BW een rol te laten spelen in de problematiek van de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst. Allereerst wordt (regelmatig) gewezen op de parlementaire geschiedenis van art. 7:613 BW, waarin voor de invulling van de norm van het zwaarwichtig belang een verbinding wordt gelegd met de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid.¹³ Ook wordt een beroep gedaan op het arrest Parallel Entry/KLM en VNV¹⁴ d.d. 30 januari 2004, waarin de Hoge Raad de (strengere) toets van art. 6:248 lid 2 BW toepast. Verder wordt, al dan niet in samenhang met de Parallel Entry-uitspraak, nog een beroep gedaan op het door de Hoge Raad gewezen arrest FNV/Frans Maas d.d. 25 februari 2000.¹⁵ Voor art. 6:248 BW is dan een rol weggelegd bij de wijziging van collec-

11 Ktr. Amsterdam, 12 juli 2006, JAR 2006/176.

12 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767 en JAR 1998,199 (Van der Lely-Taxi Hofman).

13 Zie Moonen, Het arbeidsrechtelijk schisma: contract of institutie, Arbeid Integraal, 2004/1, p.5 e.v.; A.F. Bungener en E. Koot-van der Putte, Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW: een reactie, SMA, 2006, 11/12, p. 514; zie ook zeer recent C.J. Smitskam, Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst, PS Documenta, 20 juli 2007, p. 725 e.v., m.n. p. 727.

14 HR 30 januari 2004, JAR 2004/68.

15 HR 25 februari 2000, JAR 2000/85.

tieve regelingen, wanneer art. 7:613 BW geen rol speelt.¹⁶ Dat laatste zou het geval zijn, indien geen eenzijdige-wijzigingsbeding tussen werkgever en werknemer is afgesloten.

Het tweede hoofdthema wordt gevormd door de vraag naar de betekenis van de afnemende zwaarte van arbeidsvoorwaarden. Er is immers verschil tussen een voorstel van de werkgever het loon substantieel te verlagen en het verbinden van voorwaarden aan het gebruik van een mobiele telefoon. Moet al naar gelang de afnemende zwaarte van de arbeidsvoorwaarde een andere norm aangelegd worden?¹⁷ Hoe moet in dit verband geoordeeld worden over de soms gemaakte opmerking dat het niet veel uitmaakt of men normen als zwaarwichtig belang, onaanvaardbaarheid en redelijk voorstel toepast omdat ze in wezen op hetzelfde neerkomen en het lood om oud ijzer is.¹⁸ Wordt, ten slotte, art. 7:613 BW ook (vaak of regelmatig) gebruikt voor de eenzijdige wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden?

E.

De opbouw van de verscheidene hoofdstukken is als volgt.

Eerst, in het eerste hoofdstuk, wordt een beschrijving gegeven van de geschiedenis van de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Daarna volgt een uitgebreide behandeling van het (tegelijk met de afschaffing van het arbeidsreglement) ingevoerde eenzijdige-wijzigingsbeding en het zwaarwichtig belang van de werkgever bij wijziging van arbeidsvoorwaarden. Vervolgens wordt de betekenis en de rol van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) besproken. Ook komt aan de orde de wijziging van de arbeidsovereenkomst wegens onvoorziene omstandigheden ('imprévision') en het goed-werkgeverschap en goed-werknemerschap.

- 16 R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, *Arbeid Integraal* 2004/2, p. 34; W.A. Zondag, Suppletiereregelingen in de eerste ziektejaren, *Arbeid Integraal*, De zieke werknemer, 2006, suppletiereregelingen in de eerste ziektejaren, p. 94 e.v. en *Arbeid Integraal* 2004/2
- 17 Moonen, Het arbeidsrechtelijk schisma: contract of institutie, *Arbeid Integraal* 2004/1, p. 8, die dit de essentialiëbenadering noemt, naar S.F.A. Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname, *Deventer* 2003, p. 194 e.v. en 306
- 18 W.A. Zondag, Suppletiereregelingen in de eerste ziektejaren, *Arbeid Integraal*, themanummer *De zieke werknemer*, 2006, p. 98.

Het tweede hoofdstuk van het boekje bestaat uit een behandeling van enige tientallen uitspraken van kantonrechters en gerechtshoven, aan de hand van afnemende zwaarte en betekenis van de in het geding zijnde arbeidsvoorwaarden (loon inclusief toeslagen, bonus- en provisie, arbeidsduur, dienstroosters, kinderopvang, pensioen, vervoersregelingen). De vraag luidt of er een lijn in de toepassing van de verschillende maatstaven te ontdekken is in de inmiddels aardig gegroeide hoeveelheid rechtspraak.

Een derde hoofdstuk bevat een beschouwing over de partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens (arbeidsvoorwaardelijke) veranderingen in de arbeidsovereenkomst alsmede over (het antwoord op de vraag of) het incorporatiebeding (een eenzijdige wijzigingsbeding is). Ten slotte komt nog de wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming aan de orde en worden, ter vergelijking, de in het ontslagrecht gehanteerde normen tot beëindiging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst naast die van de wijziging van de arbeidsovereenkomst geplaatst.

Hoofdstuk 1

De wijziging van de arbeidsovereenkomst, afbakening en een korte blik in de historie

1.1 Onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke wijzigingen

Wijziging van de individuele arbeidsovereenkomst (en met name de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst) staat de laatste jaren sterk in de belangstelling, maar helemaal nieuw is het onderwerp niet. Wijziging van de arbeidsovereenkomst vindt al heel lang plaats. De belangrijkste veranderingen in de individuele arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer vinden collectief plaats, in de vorm van de doorwerking van, voor één of twee jaar geldende, collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO's) die, met hun veranderingen ten opzichte van de vorige CAO, op geheel eigen wijze invloed hebben op de individuele arbeidsovereenkomst.

Daarnaast zijn er ook de veranderingen in de omstandigheden bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, die zo belangrijk zijn dat zelfs ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen gerechtvaardigd is. Het, typisch Nederlandse, evenbeeld daarvan is de aanwezigheid van zodanige specifieke veranderingen dat door een bestuursorgaan (CWI) toestemming kan worden verleend (op grond van art. 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) om de arbeidsverhouding te beëindigen, waarna opzegging van de kant van de werkgever kan volgen en daarna bezien kan worden of er sprake is van kennelijk onredelijke opzegging.

Deze twee vormen van veranderingen in de individuele arbeidsovereenkomst noem ik oneigenlijke vormen van wijziging. In het ene geval van de CAO is het uitgangspunt immers dat werkgever en werknemer, via de ingewikkelde constructie van gebondenheid aan de CAO, beiden hebben toegestemd in de veranderingen. En waar een ongebonden werkgever en een ongebonden werknemer door materiële wetgeving dwingend, via de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO, een wijziging opgedrongen krijgen, is geen sprake van een eenzijdige wijziging door de werkgever van de arbeidsvoorwaarden.

In het tweede geval is er sprake van wijzigingen die, als het ware, gewoon gebeurd zijn, maar waarin vaak moeilijk een echt concreet en duidelijk aanwijsbaar eenzijdig wijzigingsmoment te ontdekken valt.

De eigenlijke vorm daarentegen is de duidelijk aanwijsbare, meestal (maar zeker niet altijd¹⁹) van de werkgever afkomstige en doorgevoerde verandering in de arbeidsvoorwaarden. Het gaat veelal om een concreet onderwerp uit de arbeidsovereenkomst zoals (verlaging van) het salaris, vermindering of intrekking van toeslagen, bonus of provisie, (vermeerdering of vermindering van) de arbeidstijd, de (wijziging van) werkplek, de onkostenregeling ter zake bijvoorbeeld woon-werkverkeer, de (lease)auto, het collectief vervoer. Een combinatie van deze onderwerpen is ook mogelijk.

Het onderscheid tussen eigenlijk en oneigenlijk lijkt niet relevant, maar is mijns inziens nodig om het onderwerp van de wijziging van arbeidsvoorwaarden af te bakenen. Er zijn in de loop van 1998 tot 2008 heel veel beschikkingen van kantonrechters (en soms hoven) gepubliceerd over een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen, waarin de gewichtige redenen worden gevormd door wijzigingen in de omstandigheden die nauw gerelateerd zijn met wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Het gaat dan niet alleen om disfunctioneren, maar ook om een wijziging van de functie, om de daarop gevolgde verlaging van loon en om verandering van werkplek of werkafstand. Omdat als het ware de wijziging van arbeidsvoorwaarden verstopt zit in de ontbindingsgronden, wordt de norm van art. 7:685 BW, te weten de veranderingen in de omstandigheden die billijkheidshalve tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden, toegepast. Een nauwkeurige afbakening tussen het bepaalde in art. 7:611 BW, art. 7:613 BW, art. 6:248 BW en art. 6:258 BW vindt daarin niet meer plaats. De bedoeling van dit boek is om juist in die afbakening enige voortgang te boeken. Het is niet de bedoeling grondig te onderzoeken in hoeverre de maatstaf van art. 7:685 BW en met name de ontbinding van de arbeidsovereenkomst die billijkheidshalve spoedig moet eindigen wegens veranderingen in

19 De werknemer kan op grond van de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) ook zelf om wijziging van de arbeidsovereenkomst verzoeken.

de omstandigheden, inconsistent is met de vier zojuist genoemde normen van art. 7:613 BW, 7:611 BW, 6:248 BW en 6:258 BW.²⁰

1.2 Historie

In de volgende paragrafen komt de historie van de wijziging van de arbeidsovereenkomst aan de orde. Geschetst worden zowel de oorspronkelijke uitgangspunten bij de eenzijdige wijziging als de ontwikkeling van de toetsingsmaatstaven voor ontslag door ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de opzegging na verkregen toestemming via het BBA. Dan volgt een bespreking van het oude arbeidsreglement en de daarop gevormde rechtspraak. Het hoofdstuk wordt afgesloten met de behandeling van literatuur en rechtspraak over eenzijdige wijziging door middel van de norm van het goed-werkgeverschap.

Dit hele hoofdstuk vormt de opmaat naar de invoering in 1998 van art. 7:613 BW en het daarin geregelde eenzijdige-wijzigingsbeding en het benodigde zwaarwichtig belang van de werkgever bij eenzijdige wijziging. De beschrijving van de situatie voor 1998 is nodig omdat de kiem voor de verwarring over de rol van de onaanvaardbaarheid al in de jaren tachtig van de vorige eeuw gelegd werd.

1.2.1 *Het begrip 'wijziging' (vóór 1998)*

Tot 1972 stond in art. 7A:1637ij BW een aparte, zij het zeer indirecte, bepaling dat de arbeidsovereenkomst kon worden gewijzigd. Het was de regel van vrijdom van zegel, te weten dat alle akten over aangaan, wijzigen en eindigen van de arbeidsovereenkomst vrij zijn van zegel en van formaliteit van registratie. Ook de wijziging van de arbeidsovereenkomst viel hier blijkens de tekst onder. Over de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst kon worden gewijzigd zei het art. 7A:1637ij BW niets.

En verder stond er in art. 7A:1637k BW ook een bepaling over de wijziging van de arbeidsovereenkomst, althans de (vaststelling en) wijziging van het arbeidsreglement. Indien gedurende de dienstbe-

20 Dat zou nog wel een aardig onderzoek zijn. Het probleem wordt wel aangeraakt in hoofdstuk 1.15 en 1.16 en 1.17 bij respectievelijk goed-werknemerschap en de bespreking van de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) en goed-werkgeverschap.

trekking het bestaande reglement werd gewijzigd, was dit gewijzigde reglement voor de arbeider slechts verbindend, als een volledig exemplaar van de ontworpen wijzigingen hem kort voor de vaststelling gedurende zodanige tijd ter inzage was verstrekt, dat hij zich over de inhoud behoorlijk had kunnen beraden. Art. 1637k BW bevatte ook de, hierna in 1.4. nog uitgebreider te bespreken, regeling dat, als de arbeider na vaststelling van het gewijzigde reglement weigerde de verklaring af te geven dat hij zich daarmee verenigde, deze weigering werd aangemerkt als een opzegging van de dienstbetrekking, uiterlijk tegen de dag waarop het gewijzigde reglement in werking zal treden. Wanneer de werkgever de wijziging van het reglement op een te korte termijn invoerde, kon de werknemer aanspraak maken op een schadeloosstelling.

Het oude BW bepaalde dus wel iets, maar niet veel over de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Ten gevolge van de twee bepalingen in het oude BW over wijziging van de arbeidsovereenkomst (art. 1637ij en 1637k BW) spreekt Meijers in zijn boek 'De Arbeidsovereenkomst'²¹ over een erkenning van het begrip 'wijziging van de arbeidsovereenkomst'. Hij acht deze erkenning van belang voor de vaststelling van de rechtsgevolgen van de werkstaking en de uitsluiting. Meijers merkt op dat, omdat de wet het begrip werkstaking niet kent en evenmin het begrip uitsluiting, een definitie van deze begrippen slechts wetenschappelijke waarde heeft. Meijers schrijft: 'De rechtsquaesties die zich aan de werkstaking en de uitsluiting vastknoopen betreffen alle de werkstaking en de uitsluiting die plaatsgrijpen zonder dat een formeele opzegging der dienstbetrekking heeft plaatsgevonden.' Ten aanzien van de vraag of een staking of uitsluiting een doen eindigen van de dienstbetrekking is (in de zin van art. 1639o oud), is bij de bespreking in de Tweede Kamer drieërlei stelsel verdedigd te weten a. dat iedere staking of uitsluiting een doen eindigen van de dienstbetrekking is; b. een staking of uitsluiting slechts dan een doen eindigen is indien haar doel is wijziging van de bestaande arbeidsvoorwaarden en c. een staking of uitsluiting op zichzelf nimmer het doen eindigen van de dienstbetrekking is. De eerste exercities over de juridische betekenis van de staking en de uitsluiting zijn derhalve gekoppeld aan het verschijnsel van de wijziging van de arbeidsovereenkomst.

21 E.M. Meijers, *De Arbeidsovereenkomst met Aanteekeningen*, derde druk, Haarlem, Tjeenk Willink, 1924, p. 52 en 53.

De wijziging van de overeenkomst is als leerstuk ook gebruikt om de overgang van onderneming te duiden (voordat de art. 7A:1639aa, bb, cc en dd, thans 7:662 tot en met 666 BW werden ingevoerd). Meijers schrijft²²: ‘Ook wanneer iemand de onderneming van den werkgever overneemt en de arbeiders bij den nieuwe werkgever in dienst blijven, kan men zich afvragen of dit slechts een wijziging der overeenkomst, wat betreft den persoon van den werkgever is, of dat hier een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten wordt. Het is de vraag der schuldoverneming, toegepast op de arbeidsovereenkomst.’ Meijers vond ten slotte ook dat de werkgever niet eenzijdig een reglement kon wijzigen als ‘logisch gevolg van de contractuele natuur van het reglement’.²³

Art. 1637ij BW is geschrapt in 1972 en art. 7A:1637k BW is verdwenen met de wet van 4 maart 1998, waarbij het arbeidsreglement uit het BW is verdwenen en art. 7:613 BW daarvoor in de plaats is gekomen.

Nu komt het begrip ‘wijziging van de arbeidsovereenkomst’ in boek 7 BW alleen nog voor in art. 7:638 lid 5, 7:654 en 7:655 lid 3 BW.²⁴

Art. 7:654 BW regelt de wijziging van de voor de werkgever verplichte schriftelijke vastlegging en opgave van (veel onderdelen van) de arbeidsovereenkomst. Het woord ‘wijziging’ komt dan verder nog voor in art. 7:655 lid 3, waarin de verandering aan de orde komt van de gegevens die de werkgever schriftelijk aan ieder van zijn werknemers (bij aanvang van de dienstbetrekking, maar ook dus naderhand) moet verstrekken. De werkgever behoeft zo’n wijziging niet schriftelijk aan de werknemer mee te delen, indien deze voortvloeit uit wijziging van een CAO of een wettelijk voorschrift.²⁵

Naast wijziging van informatie wordt ook wijziging van de vakantie in het BW (art. 7:638 lid 5) geregeld. De werkgever kan, als daartoe gewichtige redenen zijn, na overleg met de werknemer, het vastgestelde tijdvak van vakantie wijzigen. De werkgever moet de scha-

22 E.M. Meijers, *De Arbeidsovereenkomst met Aanteekeningen*, derde druk, Haarlem, Tjeenk Willink, 1924, p. 51.

23 E.M. Meijer, *De Arbeidsovereenkomst met Aanteekeningen*, derde druk, Haarlem, Tjeenk Willink, 1924, p. 76.

24 Wel natuurlijk wijzigingen in de omstandigheden (art. 7:685 lid 2 BW) maar dat is een ander chapter, dat zijdelings nog wordt aangestipt in par. 1.3.2.

25 Voor de volledigheid wordt er nog op gewezen dat art. 10 Wet CAO de wijziging van de CAO regelt.

de die de werknemer ten gevolge van de wijziging van het tijdvak van vakantie lijdt, vergoeden.

1.2.2 *Wijziging en instemming (vóór 1998)*

Van der Grinten meende dat voor wijziging van de arbeidsovereenkomst de instemming van beide partijen nodig is, tenzij een der partijen krachtens de overeenkomst tot eenzijdige wijziging bevoegd is. Deze bevoegdheid zal in het algemeen slechts dan bestaan indien zij uitdrukkelijk is overeengekomen²⁶. De bevoegdheid zal alsdan in redelijkheid moeten worden uitgeoefend.

Van wijziging van de arbeidsovereenkomst moeten, zo meent Van der Grinten in 1961, worden onderscheiden veranderingen in de feitelijke werkzaamheden. Tot zulke veranderingen zal de werkgever in het algemeen bevoegd zijn krachtens zijn gezagrecht. Hij moet hierbij echter als goed werkgever handelen.²⁷

In zijn boek 'De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst'²⁸ schrijft Kamphuisen, toen oud-hoogleraar aan de rooms-katholieke universiteit van Nijmegen, dat partijen bij een arbeidsovereenkomst ongetwijfeld in gemeen overleg de voorwaarden van de overeenkomst kunnen wijzigen: 'Dit vloeit voort uit de algemene leer der overeenkomsten en wordt trouwens door niemand betwist. (...) Het komt mij voor dat het begrip overeenkomst in ons recht – en zeker indien die overeenkomst gericht is op voortdurende prestatie zoals de arbeidsovereenkomst – een zodanige innerlijke vastheid en elasticiteit heeft dat in beginsel veranderingen mogelijk zijn zonder dat de oude overeenkomst in een nieuwe overgaat. Waar zelfs wijziging in de partijen niet steeds onverenigbaar is met het voortbestaan der overeenkomst (men denke aan schuldoverneming) is dit in nog mindere mate het geval met wijziging van de inhoud.'

Kamphuisen behandelt de vraag 'wat rechtens is indien de werkgever den arbeider loonsverlaging aanzegt'. Hij geeft het volgende

26 W.C.L. van der Grinten *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1961, p. 13 wijst op een andersluidende uitspraak van de rechtbank Utrecht d.d. 19 april 1933, RBA, XX, 82 (loonsverlaging).

27 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1961, p. 13.

28 P.W. Kamphuisen, *De collectieve en individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden, 1956, Universitaire Pers Leiden, p. 97 e.v.

antwoord: 'Aanvaardt deze laatste het voorstel uitdrukkelijk of stilzwijgend dan heeft men te doen met een wijziging ex 1637 ij BW (oud). Het is echter ook mogelijk dat de arbeider zich tegen loonsverlaging verzet en in dat geval, daarover zal ieder het wel eens zijn, verandert er niets in de inhoud van de overeenkomst.'

Ook Molenaar²⁹, in zijn uit 1957 stammende, omvangrijke, driedelige werk 'Arbeidsrecht', schrijft dat partijen bij de arbeidsovereenkomst de inhoud van het arbeidscontract niet eenzijdig kunnen wijzigen. Dit volgt volgens Molenaar uit de algemene regels die voor ieder contract gelden. Hij verwijst naar het bepaalde in art. 1374 lid 1 BW (oud). Dit artikel bepaalde dat alle 'wettiglijk' gemaakte overeenkomsten 'dengenen die dezelve' hebben aangegaan strekken tot wet. Volgens lid 2 konden overeenkomsten niet herroepen worden dan met wederzijdse toestemming of 'uit hoofde der redenen welke de wet daartoe voldoende verklaart'.

Molenaar³⁰ bekritiseert Van der Grinten.³¹ Deze bedient zich van de constructie dat de aanzegging van loonsverlaging moet worden gezien als een stilzwijgende voorwaardelijke opzegging voor het geval de arbeider met de loonsverlaging niet akkoord gaat. Deze voorwaardelijke opzegging zal dan met de voor opzegging geldende termijn gepaard dienen te gaan. Volgens Molenaar is deze constructie niet houdbaar. Een voorwaarde moet immers duidelijk zijn gesteld en een ontslag moet duidelijk zijn gegeven. De werkgever is verplicht ondanks de aanzegging van loonsverlaging, het oude loon door te betalen, zolang de arbeider de verlaging niet uitdrukkelijk of stilzwijgend accepteert. Wil de werkgever het anders, dan zal hij volgens Molenaar uitdrukkelijk voorwaardelijk ontslag moeten geven, tegelijk met de aanzegging van de verlaging. 'Men denke echter aan de voor een dergelijk ontslag ingevolge art. 6 BBA vereiste toestemming van de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau', zo voegt Molenaar er fijntjes aan toe.³²

29 A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, Zwolle, 1957, Tweede deel, A, Het geldende recht, p. 36.

30 A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, Zwolle, 1957, Tweede deel, A, Het geldende recht, p. 37.

31 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1961, p. 13 en 14.

32 Zie noot 30, p. 37.

Tot ver in de jaren negentig (van de vorige eeuw) wordt nog gewezen op het noodzakelijke consent van de werknemer met de eenzijdige wijziging door de werkgever. De rechtbank Rotterdam gaat nog van dit beginsel uit in zijn vonnis d.d. 24 december 1998.³³

Achttien werknemers voeren aan dat enkele door hun werkgever ingevoerde wijzigingen in de salarisstructuur niet zijn toegelaten omdat zij een ongeoorloofde eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst opleveren. De rechtbank gaat (hoewel het arrest Taxi Hofman al op 26 juni 1998 geweest is en het eenzijdige wijzigingsbeding sinds 3 maart 1998 al in de wet staat) nog uit van het oude beginsel dat de wijziging van de arbeidsovereenkomst alleen kan plaatsvinden met instemming van de werknemer, wanneer noch de wet noch de met de individuele werknemer gesloten arbeidsovereenkomst voorziet in de mogelijkheid voor de werkgever om de overeengekomen arbeidsvoorwaarden ook tegen de wil van de werknemer te wijzigen en de wel in de toepasselijke CAO voorziene weg daartoe niet met succes kan worden bewandeld. Daaraan kan de omstandigheid niet afdoen dat GTI heeft getracht in een zorgvuldige procedure van overleg met vakorganisaties, ondernemingsraad en individuele werknemers tot de nieuwe salarisstructuur te komen.

Ook de redelijkheid en billijkheid levert geen rechtsgrond op. De rechtbank voegt er nog aan toe dat 'de door GTI geschetste ontwikkelingen in het arbeidsrecht – wat daarvan overigens ook van zij – niet tot een ander oordeel leiden'. Zij voegt – ten overvloede – aan deze overwegingen nog toe dat op zichzelf genomen niet kan worden uitgesloten dat in bijzondere omstandigheden redelijkheid en de billijkheid wel kunnen vergen dat een werknemer aan een door de werkgever beoogde wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden toestemming verleent. Het bedrijf heeft echter, toen instemming uitbleef, geen vordering ingesteld die strekte tot het verlenen van medewerking door de werknemers. Evenmin heeft de werkgever in deze procedure bijzondere omstandigheden gesteld noch zijn zij gebleken, waaruit kan worden afgeleid dat een zodanige vordering met succes had kunnen worden ingesteld. Dat de nieuwe salarisstructuur werd ingegeven door negatieve bedrijfseconomische ontwikkelingen die tot maatregelen noodzaakten, is daartoe onvoldoende.

33 Rechtbank Rotterdam, 24 december 1998, JAR 1999/40.

1.3 De ons omringende landen

In België en Frankrijk is men, nadat door de rechterlijke macht toegestaan was om enige onbelangrijke en niet-substantiële arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, weer teruggekomen van deze koers en veel principiëler gaan stellen dat de werkgever geen recht toekomt op eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Binnen het kader van het directierecht is in België en Frankrijk enige vorm van eenzijdige wijziging geoorloofd. Dit directierecht (of aanpassingsrecht) begint waar het contractueel bepaalde ophoudt.³⁴ Dat geldt ook in Duitsland. Engeland kent een bijzondere techniek te weten die van de *implied terms*. Is er een contractsbeding, dan kan deze niet eenzijdig door de werkgever worden gewijzigd.³⁵ In zijn proefschrift noemt Jellinghaus³⁶ evenwel een uitspraak van een Engelse rechter uit 2002 waaruit blijkt dat (met toepassing van de norm ‘reasonable’) een oordeel werd geveld over de intrekking van een aandelenoptieplan.

1.4 Het oude arbeidsreglement

1.4.1 *Het arbeidsreglement: een allegaartje?*

Tot de historie van de eenzijdige wijziging behoort inmiddels ook het oude arbeidsreglement. Doordat het arbeidsreglement in de loop van de jaren tachtig en negentig (van de vorige eeuw)³⁷ sterk verouderde, is in rechtspraak over het reglement de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid een rol gaan spelen. Geen eenvoudig te duiden

34 W.I. Roozendaal en A.T.J.M. Jacobs, De spanning van de contractsband in de arbeidsovereenkomst, SMA, 2007, 11/12, Themanummer 100 jaar Wet op de arbeidsovereenkomst, p. 426.

35 W.I. Roozendaal en A.T.J.M. Jacobs, De spanning van de contractsband in de arbeidsovereenkomst, SMA, 2007, 11/12, Themanummer 100 jaar Wet op de arbeidsovereenkomst, p. 426 en 427.

36 S.F.H. Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overgang, Kluwer, Deventer, 2003, p. 192, bij noot 249.

37 In *Onze Taal*, 2007, 7/8, p. 214 (rubriek *Taalgermissen*) beklagt een lezer zich over het gebruik van het zijns inziens onnodige en archaïsche ‘van de vorige eeuw’. Hij doelt op het veelvuldig gebruik van zinnen als ‘in de jaren negentig van de vorige eeuw’ waarmee dan de periode 1990-2000 bedoeld wordt. De lezer heeft gelijk, maar hier is die verwijzing naar de vorige eeuw wel nuttig omdat arbeidsreglementen ook al in de negentiende eeuw voorkwamen.

rol voor de redelijkheid en de billijkheid, zodat een nadere ontleding van het oude arbeidsreglement en de daarover gevormde rechtspraak noodzakelijk is.

Meer dan negentig jaar, tussen 1907 en 1998, stond in het BW een bepaling over het (arbeids)reglement in het BW. De tekst van art. 1637j BW luidde al in 1907 als volgt: ‘Een door den werkgever vastgesteld reglement is voor den arbeider slechts verbindend indien deze schriftelijk heeft verklaard zich met dat reglement te vereenigen en indien tevens is voldaan is aan de navolgende vereischen’ (en dan volgen (1) de kosteloze verstrekking door de werkgever aan de arbeider van een volledig exemplaar van het reglement, alsmede (2) de eis dat een door of vanwege de werkgever ondertekend volledig exemplaar van het reglement ter inzage is gelegd ter griffie van het kantongerecht binnen welks ressort de onderneming gevestigd is en (3) dat een volledig exemplaar van het reglement op een voor de arbeider gemakkelijk toegankelijke plaats, ‘zoo mogelijk in het arbeidslokaal’ zodanig ‘opgehangen zij en blijve dat het duidelijk leesbaar is’.

In de memorie van toelichting³⁸ op het oorspronkelijke ontwerp van Drucker stond vermeld dat bij vele arbeidscontracten de overeenkomst zich in een zeer eigenaardige vorm voordeed: ‘De werkgever stelt eenzijdig een algemeen reglement vast meestal zelfs zonder zijne arbeiders vóór de vaststelling te raadplegen. Onder het tegenwoordige recht wordt de arbeider die bij hem in dienst treedt, geacht zich te onderwerpen aan het op dat oogenblik bestaande reglement, ja soms zelfs – krachtens eene in het reglement opgenomen algemeene clause – aan toekomstige wijzigingen daarvan. Onze rechtspraak heeft meermalen in dien zin beslist, bijv. ten aanzien van toneelspelers; Aldus is ook de gevestigde jurisprudentie van het Franse Hof van cassatie en de leer der Fransche schrijvers.’ Twee noten vermelden resp. de Nederlandse en Franse rechtspraak.³⁹

38 A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, eerste deel, 's-Gravenhage, Boekhandel v/h Gebr. Belinfante, 1907, p. 398 e.v., memorie van toelichting O.D. (ontwerp-Drucker).

39 De oudste Nederlandse uitspraak stamt van het kantongerecht Amsterdam II, 5 en 25 maart 1857, R.B. 1857, p. 312 en volgende. Van de Franse rechtspraak is de oudste het arrest van de Cour de Cassation van 14 februari 1866, Dalloz 1866, I, p. 84.

Art. 1637l BW (oud) bepaalde dat een verklaring van de arbeider, waarbij hij zich verbindt zich met elk in de toekomst vast te stellen reglement of met elke toekomstige wijziging van een bestaande reglement, te verenigen, nietig is. En verder was er de bepaling dat de werknemer opzegde als hij de voorgestelde wijziging niet aanvaardde.

Met betrekking tot de geldigheid en verbindendheid van een arbeidsreglement onder het oude recht (vóór 1998) speelden twee kwesties. Allereerst was er de vraag of sprake is van een arbeidsreglement in de zin van art. 1637j BW, wanneer niet voldaan is aan alle vereisten voor verbindendheid daarvan, zoals neerlegging op de griffie van het kantongerecht of ophanging in een arbeidslokaal. Daarnaast speelde nog een andere factor een rol, te weten of de werkgever verbindendheid van het arbeidsreglement voor de werknemers had beoogd. De Hoge Raad⁴⁰ vond dat, wanneer de werkgever voldoende gemotiveerd ontkende dat er goede grond bestond voor het oordeel dat de werkgever een verbindendheid voor werknemers op de voet van een zodanige reglement had beoogd, de (centrale) ondernemingsraad, (C)OR, een en ander nader zal moeten aangeven. Er zijn immers tal van andere, al naar gelang van de omstandigheden meer voor de hand liggende, mogelijkheden. Zo kan de werkgever verbindendheid hebben beoogd op de voet van incorporering van de regeling in de individuele arbeidsovereenkomsten of, in zich daartoe lenende gevallen, op de voet van het toenmalige art. 7A:1639b BW (het huidige art. 7:660 BW). Ook is het mogelijk dat de werkgever zich slechts bereid verklaard heeft om bij wijze van een tot zijn werknemers gericht aanbod dat hemzelf wel maar de werknemers niet bindt, de door de werknemers gemaakte kosten tot een bepaald bedrag te voldoen. En ook is het mogelijk dat de werkgever slechts heeft beoogd om inlichtingen te geven over wat naar zijn oordeel uit een geldende CAO of uit op de CAO stoelende uitvoeringsmaatregelen voortvloeit of hoe aan die CAO of aan die uitvoeringsmaatregelen redelijkerwijs gevolg moet worden gegeven. Zelfs al zouden de werknemers de werkgever aan de in de verstrekte informatie eventueel besloten liggende bereidverklaring kunnen houden (zolang deze niet is ingetrokken of gewijzigd), dan nog maakt dat gegeven die informatie nog niet tot een arbeidsreglement.

40 HR 22 mei 1992, NJ 1992, 607.

1.4.2 *De redelijkheid en billijkheid, het arbeidsreglement en wijziging van arbeidsvoorwaarden*

De vraag of een ondernemingsraad instemmingsrecht heeft over elke wijziging van een arbeidsreglement is belangrijk, omdat, indien het antwoord positief luidt, het instemmingsrecht in de praktijk ook betrekking heeft op andere (tertiaire?) arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld onkostenregelingen) dan in de catalogus van art. 27 aanhef en onder b tot en met I WOR. Vervolgens komt dan de vraag aan de orde hoe een, door de OR gegeven of geweigerde, instemming doorwerkt naar en in de individuele arbeidsovereenkomst.

Al een paar jaar voor de befaamde uitspraak in de IBM-zaak⁴¹ uit 1988 is aandacht besteed aan het antwoord op de vraag of het instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij wijziging van arbeidsreglement betrekking had op elk reglement dan wel alleen op een rechtsgeldig, verbindend reglement dat aan alle formele vereisten van art. 1637j BW voldoet. In zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad d.d. 27 september 1985⁴² neemt de A-G Franx het standpunt in dat de vraag niet is of, in abstracto, de definitie van het begrip 'reglement' in art. 1637j BW formele elementen bevat zoals opgesomd in dat wetsartikel, maar wat wordt bedoeld met 'reglement' (als bedoeld in art. 1637j BW) waarvoor art. 27 lid 1 WOR medezeggenschap aan de groepsondernemingsraad (GOR) geeft. Art. 27 lid 1 sub a WOR heeft het oog op een rechtsgeldig, verbindend reglement, dat dus aan alle formele vereisten van art. 1637j BW voldoet. De A-G wijst op Rood in de losbladige uitgave 'Wet op de ondernemingsraden', aant. 3 op art. 27 lid 1. Het uitdrukkelijk vermelden in art. 27 lid 1 sub a WOR van art. 1637j BW zou volgens de A-G anders niet veel zin hebben. Hij erkent dat de betekenis van de WOR-bepaling aldus inderdaad kan worden uitgehold doordat de werkgever het in zijn macht heeft, namelijk door niet te voldoen aan de eisen van art. 1637j, de ondernemingsraad buiten spel te zetten. Maar, zo gaat de A-G verder, men bedenke hierbij dat de ondernemingsraad ingevolge art. 27 lid 3 WOR toch al buiten spel staat voor die onderwerpen die

41 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 m.n. PAS. Zie ook M.G. Rood in TVVS, 1989, p. 54.

42 HR 27 september 1985, NJ 1986, 339 m. nt. PAS (GOR VMF Stork-Koninklijke Machinefabrieken Stork BV)

in een CAO zijn geregeld; de ondernemingsraad heeft slechts medebeslissingsrecht ten aanzien van de zgn. tertiaire arbeidsvoorwaarden. Bovendien vormt de lange opsomming van art. 27 lid 1 sub b-1 WOR reeds een aanzienlijke uitholling van de betekenis van het sub a genoemde item, het reglement, nu immers de meeste van die onderwerpen inhoudelijk te brengen zijn onder (de gangbare definities van) het begrip 'reglement'. De A-G wijst op Olbers, SMA 1977 p. 319 links en 323-324 (samenvatting): de opsomming van art. 27 lid 1 onder b tot en met l WOR is overbodig, wanneer de wet het reglement ruim en ondubbelzinnig inhoudelijk zou definiëren. Er blijft, na de uitsplitsing van de CAO's en van art. 27 lid 1 b-1 WOR, voor het instemmingsrecht ter zake reglementen toch al weinig over.

De conclusie van de A-G luidt dat, nu de onderhavige reiskostenregeling niet voldoet aan de formele vereisten van art. 1637j BW, die regeling niet te beschouwen is als een reglement in de zin van art. 27 lid 1 sub a WOR.

De Hoge Raad kwam aan een oordeel over de opinie van de A-G niet toe, en oordeelde slechts over de door de OR (te laat) ingeroepen nietigheid ex art. 27 lid 5 WOR.

In een geschil tussen de centrale ondernemingsraad van IBM en IBM Nederland NV⁴³ over een autokostenregeling werd door de Hoge Raad in 1988 beslist dat, ook al is niet voldaan aan alle vereisten voor verbindendheid van een arbeidsreglement voor werknemers, er toch sprake kan zijn van een reglement als bedoeld in art. 1637j lid 1 BW. Dat zal met name het geval zijn als er goede grond is om aan te nemen dat de werkgever een verbindendheid voor werknemers op de voet van reglement (als bedoeld in art. 1637j BW) heeft beoogd en niet op de voet van incorporering van de regeling in hun individuele arbeidsovereenkomsten (als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad d.d. 4 mei 1956, NJ 1956, 299). IBM had volgens de Hoge Raad incorporering⁴⁴ beoogd, omdat de regeling als onderdeel van de personeelsgids in het bezit van alle werknemers was gesteld en omdat de regeling bovendien door ondertekening van de aanstellingsbrief in de individuele arbeidsovereenkomst was opgenomen. Een derde argu-

43 Uitgemond in het arrest van 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 (IBM-COR IBM).

44 Zie voor het antwoord op de vraag of een incorporatiebeding een eenzijdige-wijzigingsbeding is: paragraaf 3.2.

ment waarom de personeelsgids geacht werd geïncorporeerd te zijn was gelegen in de omstandigheid dat IBM haar werknemers bij voorbaat aan wijziging in de regeling heeft willen binden. Bij een reglement sluit art. 1637f BW zo'n bij voorbaat gegeven binding uit. Een incorporering in de arbeidsovereenkomst kan mede toekomstige wijzigingen van de geïncorporeerde regeling omvatten. Het is evenwel niet uitgesloten 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 de redelijkheid en de billijkheid. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat art. 27 WOR niet meebrengt dat voor een besluit tot wijziging van een regeling (zoals de autokostenregeling) de instemming van de ondernemingsraad vereist is. De ondernemingsraad kan bij zo'n wijziging slechts in zoverre een rol spelen (dat hij op grond van de regeling bij IBM moet worden gehoord en) dat een beroep van individuele werknemers op strijd met de redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard, wanneer door de ondernemingsraad tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar is gemaakt.

Een onderscheid kan dus worden gemaakt tussen een werknemer die een bepaalde wijziging betwist omdat de gebondenheid eraan in de gegeven omstandigheden in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid, zonder dat de ondernemingsraad eraan te pas gekomen is (enerzijds) en een werknemer die in bezwaar komt tegen een gewijzigde regeling terwijl de ondernemingsraad daar al over gehoord is en deze tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar heeft gemaakt (anderzijds). In dat laatste geval zal een beroep op strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht kunnen worden aanvaard.

De Hoge Raad maakt onvoldoende duidelijk of de beide vormen van strijd met redelijkheid en billijkheid de aanvullende redelijkheid en billijkheid betreffen of de derogerende redelijkheid en billijkheid. Dat geldt ook (de noot van) P.A. Stein. Deze haalt wel de door de Hoge Raad gebezigde zinsnede aan dat een beroep van de individuele werknemer op strijd met de redelijkheid en billijkheid niet licht zal worden aanvaard, maar rept met geen woord over een verschil tussen aanvullende en derogerende redelijkheid en billijkheid.

Ook de conclusie van de advocaat-generaal Mok wijst niet in de richting van een bepaalde visie op de redelijkheid en de billijkheid, om de doodeenvoudige reden dat hij dit onderwerp niet bespreekt.

1.4.3 *Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar*

Hiervóór werd opgemerkt dat het OM in de zaak COR IBM versus IBM (1988) niet veel deed met redelijkheid en billijkheid. Dat is anders, in 1996, met de opinie van het OM in de zaak Laffeber-Bormstaal.⁴⁵

In deze zaak had de jonge, 18-jarige leerling-metaalbewerker Rudi Laffeber uit Hontenisse geweigerd om onvoorwaardelijk akkoord te gaan met een wijziging van het arbeidsreglement binnen de firma Bormstaal. De weigering van Laffeber om schriftelijk te verklaren dat hij zich onvoorwaardelijk met die wijziging kon verenigen, is door Bormstaal opgevat als een opzegging in de zin van art. 1637k lid 2 BW. De werknemer betwistte dat, maar kantonrechter noch rechtbank volgden hem daarin. De advocaat-generaal Koopmans is van oordeel dat de regeling van het arbeidsreglement vlees noch vis is. Bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst (tussen een werkgever en een werknemer) prevaleert het collectieve karakter, want de werknemer zal niet worden aangenomen als hij het reglement niet aanvaardt. De wijziging van het reglement wordt echter gewrongen in het keurslijf van de individuele arbeidsovereenkomst. De wet koppelt de ontslagsanctie uit het individuele arbeidsrecht aan de onwil van de werknemer om de nieuwe collectieve regeling te aanvaarden. De fictieve opzegging van art. 1637k lid 2 BW is ingevoerd om te voorkomen dat de wijziging van de regeling voor sommige werknemers wel, maar voor anderen niet zou gelden. Anders zou het bedrijf van de werkgever, aldus de memorie van toelichting op de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 'alras in een hopeloze staat van anarchie... gaan verkeren.'⁴⁶ Dat klinkt thans wat overdreven – vindt de A-G – maar men kan zich toch, met name bij fabrieksarbeid, wel voorstellen dat het moeilijk werken is met arbeiders die aan verschillende regels onderworpen zijn wat betreft onderwerpen als aanvangstijden, vakantieperiodes, rookverboden, geneeskundig onderzoek, hygiënische voorschriften, veiligheidskleding of helmen etc.

De A-G vindt verder dat de fictieve opzegging 'een vreemde eend in de arbeidsrechtelijke bijt geworden is, waarbij gezegd moet wor-

45 De conclusie vóór HR 11 oktober 1996, NJ 1997, 202 en JAR 1996/219; zie ook M.G. Rood in TVVS 1997/1, p. 19.

46 A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, eerste deel, 's-Gravenhage, Boekhandel vh Gebr. Belinfante, 1907, p. 417.

den dat niet de eend veranderd is maar het overige gevogelte.⁷ Indien de wetgever een oplossing zou zoeken die de grondgedachte van art. 1637k lid 2 BW respecteert, maar die in het huidige stelsel van ontslagrecht past, zou hij waarschijnlijk uitkomen bij de constructie dat de wijziging van de werknemer om in te stemmen met wijziging van het reglement betekent dat de werkgever de bevoegdheid krijgt om de dienstbetrekking op te zeggen. De werknemer zou voor de rechter die opzegging kunnen aanvechten wegens kennelijke onredelijkheid – aldus nog steeds de A-G – hetgeen een zekere toetsing inhoudt van de redelijkheid van de reglementswijziging. Deze constructie lijkt de A-G beter in het recht te passen dan die waarin de werknemer de bevoegdheid krijgt de diensbetrekking op te zeggen.⁴⁷ Er zijn ook radicale(re) oplossingen. Toepassing van de regel dat de werknemer fictief opzegt kan bijvoorbeeld in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar worden in het licht van de eisen van redelijkheid en billijkheid. De A-G stelt per saldo voor dat in beginsel geen beroep op de wettelijke bepaling kan worden gedaan: de werkgever die de non-acceptatie van de wijziging te bezwaarlijk vindt voor een ordelijke gang van zaken in zijn bedrijf, zal zich tot de kantonrechter moeten wenden om de ontbinding te vragen van arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen. Ten slotte meldt de A-G dat hij vindt dat kantonrechter en rechtbank nodeloos restrictief zijn geweest in hun waardering van hetgeen redelijkheid en billijkheid in dit specifieke geval vereisen. De rechtbank had moeten nagaan of er in het licht van alle omstandigheden van het geval aanleiding kon zijn geen beroep op de fictieve opzegging mogelijk te achten op gronden ontleend aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.

De Hoge Raad komt tot een iets andere constructie.

Een redelijke uitleg van art. 1637k lid 2 BW in het licht van bescherming van de werknemer terzake van ongerechtvaardigde beëindiging van de dienstbetrekking, zoals deze bescherming zich sedert de totstandkoming van art. 1637k BW heeft ontwikkeld, brengt mee dat het de werknemer vrijstaat bij een verklaring (waarin hij zich moet verenigen met een wijziging van arbeidsreglement) een voorbehoud te maken terzake van een of meer voorschriften van het reglement. Dit voorbehoud geldt voor het geval de rechter op een door de werknemer binnen een redelijke termijn in te stellen vordering oordeelt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is dat de werkgever hem aan deze voorschriften houdt.

47 Zie kantonrechter Utrecht, mr. R. Mengelberg, 19 mei 1995, JAR 1995/ 83.

Ook in dit geval – zo oordeelt de Hoge Raad – erkent de werknemer immers dat hij – vooralsnog – aan het reglement is gebonden. Een voorbehoud (zoals door de werknemer gemaakt) doet daaraan niet af, nu dit slechts betrekking heeft op hetgeen later eventueel zal worden beslist bij een rechterlijke uitspraak. Aangenomen moet worden dat zo'n rechterlijke uitspraak op grond van het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW ook zonder een dergelijk voorbehoud zou kunnen worden uitgelokt. Dat strookt ook met wat geldt bij de beoordeling van de gebondenheid van de werknemer aan een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst in het geval dat de werkgever bij de individuele arbeidsovereenkomst de bevoegdheid tot een zodanige wijziging heeft bedongen. De Hoge Raad verwijst daarbij naar zijn uitspraak van 7 oktober 1988, NJ 1989, 335.

De duiding van dit arrest is nog niet zo eenvoudig. Begrijp ik het arrest goed, dan heeft de Hoge Raad allereerst een oplossing willen bieden voor de kennelijk niet langer gewenste en archaisch aandoende bepaling dat een werknemer geacht wordt de dienstbetrekking te beëindigen door te weigeren akkoord te gaan met een wijzigingsvoorstel. Daarop duidt de opmerking van de Hoge Raad dat een redelijke uitleg van art. 1637k lid 2 BW in het licht van de bescherming van de werknemer ter zake van ongerechtvaardigde beëindiging van de dienstbetrekking, zoals deze zich heeft ontwikkeld sinds 1907, meebrengt dat een werknemer een voorbehoud mag maken. Daarenboven bevat het arrest het oordeel dat een werknemer binnen een redelijke termijn een vordering kan instellen en dat de rechter kan oordelen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is dat de werkgever de werknemer aan de gewijzigde voorschriften houdt. En dan ligt in het arrest ook nog besloten dat de norm van art. 6:248 lid 2 BW ook geldt bij de beoordeling van de gebondenheid van de werknemer aan een eenzijdige wijziging van arbeidsovereenkomst in het geval dat de werkgever bij de individuele arbeidsovereenkomst de bevoegdheid tot een zodanige wijziging heeft bedongen.

Door hierbij te verwijzen naar zijn oude uitspraak uit oktober 1988 heeft de Hoge Raad kennelijk bedoeld de toen gemaakte rechtsoverweging dat een beroep van de werknemer op strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard, gezien moet worden als een uitwerking van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

De driedeling die de Hoge Raad hier aanlegde kan mijns inziens evenwel niet los worden gezien van de omstandigheid dat het arrest

gewezen wordt, omdat een oplossing moet worden gevonden voor de ernstige gevolgen voor de werknemer van de niet-aanvaarding van een wijziging van het arbeidsreglement, te weten dat hij zelf zijn dienstverband beëindigde. De Hoge Raad wilde kennelijk de ongewenste werking van art. 1637k lid 2 BW (oud) niet helemaal opzij zetten, zoals ook A-G Koopmans dat niet wilde. Volgens Koopmans kon niet de parallel getrokken worden met het bekende arrest *La Confiance/Maring*⁴⁸, waarin de Hoge Raad – kort gezegd – oordeelde dat een bepaling die in onbruik is geraakt, ook niet meer geldt. Koopmans ziet verschillen tussen het *Confiance*-arrest en de onderhavige kwestie van de gebondenheid aan een arbeidsreglement. De advocaat-generaal concludeerde dat het oude arbeidsreglement zozeer een uitzonderlijk verschijnsel in het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht vormde en dat de sanctie van de fictieve opzegging bij niet-aanvaarding van reglementswijziging zozeer in strijd met de toenmalige normen van het arbeidsrecht was, dat de sanctie van ontslagname niet zonder meer kon worden toegepast. Maar daar stond zijns inziens tegenover dat een ander soort sanctie zover afstond van de tekst en de strekking dat zij zeer moeilijk bij wijze van rechterlijke interpretatie in de wet kon worden gelezen.

Het arrest is gewezen op 11 oktober 1996. Toen was de memorie van toelichting op het nieuwe wetsontwerp dat de afschaffing van het arbeidsreglement beoogde en de invoering van het eenzijdige-wijzigingsbeding, al geschreven. Daarom ook komt het arrest niet (in de tekst of voetnoot) voor in de memorie van toelichting, maar ook niet verderop in de kamerstukken.

1.5 Wetsontwerp afschaffing arbeidsreglement en invoering art. 7:613 BW

1.5.1 *Faux pas van ministers?*

In deze paragraaf volgt een omstandige ontleding van het wetsontwerp dat geleid heeft tot de afschaffing van het arbeidsreglement en tot de invoering van het eenzijdig wijzigingsbeding en de norm van het zwaarwichtig belang van de werkgever (waarvoor het belang van de werknemer redelijkerwijs moet wijken) bij wijziging van de ar-

48 HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339.

beidsvoorwaarden. Parlementaire geschiedenis is voor de jurist van belang omdat zij vaak de achtergronden en diepere betekenis van een wettelijke bepaling geeft. In dit geval heeft de regering een (achteraf beschouwd) merkwaardige faux pas gemaakt door in de aanvang van de parlementaire behandeling het zwaarwichtige belang van het in te voeren art. 7:613 op een lijn te stellen met de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW. Een ten onrechte getrokken gelijkstelling, zo zal blijken. De ontleding is zo uitgebreid omdat, naar aan het eind zal blijken, het nodig is de gehele behandeling in de Tweede en Eerste Kamer door te lopen, voordat de conclusie kan worden getrokken dat de verantwoordelijke ministers zich verkeken hebben op de in de memorie van toelichting gebruikte beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de daarbij behorende onaanvaardbaarheid van de toepassing van een door de werkgever aangezegde wijziging van de arbeidsvoorwaarden.

1.5.2 *Achtergrond van invoering art. 7:613 BW*

Het voorstel van wet dat bij koninklijke boodschap op 19 februari 1996 aan de Tweede Kamer werd toegestuurd bevatte een nieuwe tekst voor art. 7:613 BW⁴⁹ dat luidde:

- ‘1. De werkgever kan slechts een beroep doen op een 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.
2. 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.’

49 Voor alle precisie zij nog vermeld dat boek 7 titel 10 BW nog niet in werking was getreden, zodat de tekst luidde dat, indien het bij Koninklijke Boodschap van 7 oktober 1993 ingediende voorstel van wet houdende vaststelling van titel 7. 10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, Kamerstukken II 1993/94, 23438, tot wet wordt verheven en in werking treedt, titel 10 van boek 7 als volgt wordt gewijzigd, etc.

Het wetsvoorstel bevatte daarenboven allerlei voorstellen tot wijziging van de wet op de ondernemingsraden (WOR). Van belang voor de bespreking van het onderwerp van de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst is dat art. 27 WOR (instemmingsrecht OR) zou moeten worden gewijzigd en dat aan de instemmingsplichtige onderwerpen niet alleen zou worden toegevoegd een regeling met betrekking tot bescherming van persoonsgegevens en controle op aanwezigheid, gedrag en prestaties van werknemers, maar ook een regeling met betrekking tot onkostenvergoedingen en een regeling inzake disciplinaire maatregelen.

In de memorie van toelichting⁵⁰ wordt allereerst opgemerkt dat in het wetsvoorstel de regeling van het arbeidsreglement vervalt omdat het in de praktijk nauwelijks nog betekenis heeft. Daarmee komt ook het (bepaalde in) art. 27 lid 1 onderdeel a WOR te vervallen.

De echte achtergrond van de invoering van art. 7:613 BW wordt door de regering pas geschetst in de nota naar aanleiding van het verslag.⁵¹ 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 collectieve ordening van arbeidsvoorwaarden, ook van die welke niet bij CAO zijn geregeld. De eis dat de werkgever 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. De regering heeft deze twee belangen die op het eerste gezicht met elkaar op gespannen voet staan, willen verenigen. Bij dit streven moest de regering blijven binnen de marges die worden bepaald door twee uitgangspunten. Ten eerste is de CAO het geëigende instrument voor arbeidsvoorwaardenvorming en moet de CAO de voorrangspositie behouden boven andere instrumenten voor ordening van arbeidsvoorwaarden. Ten tweede kan instemming van ondernemingsraad of overeenstemming met ondernemingsraad geen directe doorwerking hebben in de individuele arbeidsovereenkomst.

50 Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 615, nr. 3, memorie van toelichting, p. 22.

51 Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 615, nr. 9, p. 31.

1.5.3 *De werking van de voorgestelde regeling*

De uitleg van de noodzaak van deze voorgestelde maatregelen luidt dat naast de arbeidsvoorwaarden die in overleg met de vakorganisaties in CAO's worden geregeld, in ondernemingen tal van andere arbeidsvoorwaarden worden vastgelegd in bedrijfsregelingen. Deze regelingen zijn vaak neergelegd in personeelsgidsen. Deels betreffen deze bedrijfsregelingen de invulling of aanvulling van de op de onderneming toepasselijke CAO. Anderdeels worden dergelijke bedrijfsregelingen, waarin arbeidsvoorwaarden voorkomen, ook vastgesteld in ondernemingen die niet onder de werkingssfeer van een CAO vallen. Ten aanzien van deze laatste genoemde bedrijfsregelingen (over arbeidsvoorwaarden die geen CAO zijn) kan worden vastgesteld dat 'de invloed van werknemers en hun vertegenwoordigers op de totstandkoming daarvan beperkt is', zo merken de bewindslieden van Sociale Zaken, Justitie en Economische Zaken op. Wat betreft de invloed van ondernemingsraad geldt dat op de vaststelling van dergelijke arbeidsvoorwaardenregelingen in het algemeen geen instemmingsrecht van toepassing is. Zo ziet art. 27 lid 1 WOR naar zijn bedoeling niet op vaststelling of wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden. Voorts worden deze bedrijfsregelingen in de praktijk slechts zelden aangemerkt als een arbeidsreglement zoals bedoeld in art. 1637j-m Burgerlijk Wetboek, waarover de ondernemingsraad wel een instemmingsrecht heeft conform art. 27 lid 1 onderdeel a WOR. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad⁵² is voor de vraag of sprake is van een arbeidsreglement en dus of er sprake is van een instemmingsrecht van de ondernemingsraad, de bedoeling van de werkgever doorslaggevend. Wil de werkgever de werknemers binden op de voet van een arbeidsreglement, dan is het een arbeidsreglement. Wil hij de werknemers aan de regeling binden op de voet van de individuele arbeidsovereenkomst, dan is het geen arbeidsreglement. Ingeval in het arbeidscontract een wijzigingsbeding is opgenomen, wordt aangenomen dat de werkgever de werknemers wil binden op de voet van individuele arbeidsovereenkomst.

Met het voorstel om in het BW een nieuw art. 7:613 op te nemen (dat een zwaarwichtig belang van de werkgever eist voordat de arbeidsvoorwaarden eenzijdig gewijzigd kunnen worden) wordt door de regering beoogd de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door werkgevers terug te dringen op een zodanige wijze dat:

52 HR 7 oktober 1988, NJ 1988, 335.

- a. aan werknemers een adequaat niveau van bescherming tegen eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden geboden wordt, waarbij uitgangspunt is dat arbeidsvoorwaarden in beginsel niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd;
- b. rekening wordt gehouden met het belang van werkgevers om de arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen waarbij aansluiting wordt gezocht bij de in de praktijk gangbare wijze van ordening van arbeidsvoorwaarden;
- c. zomin mogelijk wordt ingegrepen in het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming en arbeidsverhoudingen, gezien ook de belangrijke verantwoordelijkheid van sociale partners zelf;
- d. aangesloten wordt bij de terzake van arbeidsvoorwaardenvorming voortschrijdende decentralisatie en differentiatie.

Het wetsvoorstel lost dus het knelpunt van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op door aan de werknemer, ingeval tussen werkgever en de vertegenwoordigers van werknemers geen akkoord tot stand komt, een steviger individuele positie te geven. Het uitgangspunt is dat arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig door toepassing van wijzigingsbedingen kunnen worden gewijzigd, tenzij daar zwaarwichtige belangen voor aantoonbaar zijn.

De werking van de voorgestelde regeling wordt aan de hand van de volgende casusposities toegelicht:

1. 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 is voldaan aan het rechtsvermoeden van het zwaarwichtig belang. De werkgever kan dan een beroep doen op het wijzigingsbeding. De werknemer kan zich daartegen verzetten als naar redelijkheid en billijkheid de toepassing van dat beding (de toepassing dus van de gewijzigde regeling van arbeidsvoorwaarden) voor hem onaanvaardbaar zou zijn. In de maatstaf redelijkheid en billijkheid speelt als gezegd het gegeven dat de regeling van arbeidsvoorwaarden juist een CAO betreft – met diens grote maatschappelijke betekenis – een belangrijke rol.
2. Als er een akkoord bestaat tussen ondernemingsraad en ondernemer over een regeling van arbeidsvoorwaarden is evenzeer voldaan aan het rechtsvermoeden van het zwaarwichtig belang en kan de werkgever in beginsel een beroep doen op het wijzigingsbeding. De werknemer kan zich daartegen verzetten als

die toepassing te zijnen aanzien naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De vaststelling van wat redelijk en billijk is dient in deze situatie 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 tengevolge van 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.

3. Als geen CAO van toepassing is noch een ondernemingsraad is ingesteld – en er dus over de arbeidsvoorwaarden geen countervailing power aan werknemerszijde is – kan de werkgever slechts gebruikmaken van wijzigingsbedingen als hij aantoonst dat anderszins sprake is van een zwaarwichtig belang. Gezien het uitgangspunt dat arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig 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 aan de situatie dat de werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert. Het niet kunnen wijzigen van een onkostenregeling zal dan onder omstandigheden voor de werkgever in redelijkheid niet aanvaardbaar zijn. Anders gezegd: hij dient aan te tonen dat sprake is van zodanige omstandigheden dat toepassing van de ongewijzigde regeling van arbeidsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor hem onaanvaardbaar is. Dit geldt ook indien ondernemer en ondernemingsraad geen overeenstemming hebben bereikt over de wijziging van de regeling van arbeidsvoorwaarden.

1.5.4 *Ministers op schreden teruggekeerd?*

In de nota naar aanleiding van het verslag⁵³ trekt de regering niet alleen het tweede lid van art. 7:613 BW in, maar plaatst zij ook opmer-

53 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1996-1997, 24 615, nr. 9 (ontvangen 20 januari 1997), p. 30 e.v.

kingen bij vragen van de fracties van D66, GPV en Groen Links of het voorgestelde art. 7:613 BW wel nodig is. Zonder het voorgestelde art. 7:613 BW zou de werkgever, indien de arbeidsovereenkomst een beding bevat dat hem de bevoegdheid geeft arbeidsvoorwaarden te wijzigen, met een beroep op dat beding deze bevoegdheid in beginsel kunnen uitoefenen. Indien dit niet redelijk zou zijn, zou de werknemer deze onredelijkheid moeten aantonen. Het voorgestelde nieuwe art. 7:613 BW gaat er daarentegen vanuit dat eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden slechts mogelijk is, indien de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang bij de wijziging heeft, dat het belang van de werknemer daarvoor in redelijkheid moet wijken. Het is aan de werkgever om dat zwaarwichtige belang aan te tonen.

Het eenzijdige-wijzigingsbeding is in het wetgevingsoverleg van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 14 april 1997 aan de orde gekomen, doordat de Partij van de Arbeid (kamerlid Middel) bij amendement heeft voorgesteld dat het eenzijdige-wijzigingsbeding schriftelijk moet worden overeengekomen. Minister Melkert⁵⁴ merkte toen slechts op dat, als men de mening is toegedaan dat dit meer helderheid schept in de verhoudingen, het een nuttige toevoeging aan de wet zou kunnen zijn.

Ten aanzien van de schrapping van het tweede lid meldt Melkert dat hij, door de onzekerheid en onduidelijkheid die zouden zijn voortgevloeid uit lid 2, tot schrapping is overgegaan.

In het overleg met de Tweede Kamer is art. 7:613 BW verder niet meer expliciet aan de orde gekomen.

In het overleg met de Eerste Kamer is, naar aanleiding van vragen van de Vaste Commissie in het voorlopig verslag van 3 november 1997, door de regering geantwoord⁵⁵ dat de werkgever alleen een beroep op een eenzijdige-wijzigingsbeding kan doen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het wettelijk vermoeden van lid 2 van art.

54 Tweede Kamer, vergaderjaar 96/97, 24 615, nummer 28, p. 34 en 35.

55 Eerste Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 24 615, memorie van antwoord, ontvangen 3 december 1997, nr. 81a, p. 8 en 9.

7:613 BW (nieuw) is in de behandeling bij de Tweede Kamer geschrappt, maar dit neemt niet weg dat, bij het antwoord op de vraag of het belang van de werkgever voldoende zwaarwichtig is, een rol kan spelen of overeenstemming is bereikt met de ondernemingsraad over de wijziging in de arbeidsvoorwaardenregeling die de werkgever nastreeft.

En ten slotte is door minister Melkert in de plenaire behandeling in de Eerste Kamer⁵⁶ (nog eens) opgemerkt dat wanneer in een individuele arbeidsovereenkomst een eenzijdige-wijzigingsbeding is opgenomen, de werkgever daar alleen dan een beroep op kan doen, wanneer hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

1.5.5 *Tussenconclusie*

Uit de bovenstaande chronologische weergave van de behandeling van het eenzijdige-wijzigingsbeding en het zwaarwichtig belang blijkt voldoende dat de oorspronkelijke in de memorie van toelichting neergelegde analyse niet gehandhaafd is. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid komt, behalve in de allereerste toelichting, daarna niet meer voor. Consequent wordt de norm van de zwaarwichtige redenen waarvoor het belang van de werknemer moet wijken, genoemd.

Daarom acht ik ook niet van belang of de regering in de nota naar aanleiding van het verslag⁵⁷ explicieter dan gebeurd is, terug had moeten komen op de eerdere opmerkingen over de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 BW en art. 7:613 BW.⁵⁸ Ik constateer dat zowel in de nota als in de latere stukken, in Tweede en Eerste Kamer, niet langer wordt vastgehouden aan de gelijkshakeling van art. 7:613 BW met art. 6:248 lid 2 BW of omgekeerd.

56 10 februari 1998, EK 19-843 tot en met 19-876.

57 Tweede kamer, 1996-1997, 24 615, nr 9, p.32.

58 Dit wordt bepleit door A.F. Bungener en E. Koot-vander Putte, Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW; een reactie, SMA 2006 11/12, p. 514.

1.6 Schriftelijkheid van het eenzijdige-wijzigingsbeding

1.6.1 *Schriftelijk*

Art. 7:613 BW bepaalt dat de 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.

Dit eenzijdige-wijzigingsbeding moet dus op schrift worden gesteld. Die bepaling is nog recent en dateert uit 1998.

Er zijn ook al veel oudere bepalingen in het arbeidsrecht waarin de eis van schriftelijkheid van een beding wordt geëist. Zo bepaalde de voorganger van art. 7:653 BW, te weten het al sinds 1907 bestaande 1637x BW, dat een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, slechts geldig is, indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer. De gedachte achter de eis van schriftelijkheid is dat de werknemer zich bewust moet zijn geweest van de consequenties die het aangaan van een concurrentiebeding met zich brengt. Deze formele eis waarborgt de bescherming van de werknemer. De waarborgfunctie lag reeds ten grondslag aan art. 1637x BW (dat, zoals gezegd aan het huidige 7:653 BW voorafging). Hoewel, zo schrijft Houweling⁵⁹, die daarbij Loonstra⁶⁰ aanhaalt, over het schriftelijkheidsvereiste niet of nauwelijks tijdens de parlementaire geschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 is beraadslaagd, was de bedoeling van dit criterium duidelijk ingegeven vanuit deze beschermingsgedachte. Het concurrentiebeding beperkte de werknemer na afloop van het dienstverband aanzienlijk in zijn vrijheid en daarom moest hij een bewuste en doordachte afweging van alle voor- en nadelen hebben gemaakt, voordat hij een dergelijk

59 A.R. Houweling, Het schriftelijkheidsvereiste bij het concurrentiebeding ex art. 7:653 BW anno 2006, *ArA* 2006/2, p. 69.

60 C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Elsevier, derde druk, 1999, p. 45, die op zijn beurt weer aanhaalt S.G. Canes, *Critische systematische commentaar op de Wet op het Arbeidcontract*, Groningen, 1908, p. 162.

beding overeenkwam met zijn werkgever. Houweling zegt vervolgens in een noot⁶¹ dat de bestaande vanzelfsprekendheid van het element 'schriftelijkheid' ten tijde van de totstandkoming van art. 1637x BW (oud) ook blijkt uit de beschouwing van Meijers⁶² ten aanzien van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Met geen woord wordt er gerept over de inhoud, reikwijdte of rechtspraak met betrekking tot het vereiste van geschrift. Men achtte het kennelijk zo vanzelfsprekend dat dit geen nadere aandacht verdiende.

Deze constatering (van Houweling) over de achtergrond van de schriftelijkheid en de afwezigheid van aandacht voor de eis van geschrift zijn niet (geheel) juist. Men vindt in de parlementaire geschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 de discussie over de schriftelijkheid van het concurrentiebeding niet onder de geschriften en beraadslagingen over art. 1637x BW. De discussie over schriftelijke bepalingen in het nieuwe arbeidsrecht werd op een wat verborgen plek in Bles opgenomen. Zij wordt gevonden in Bles, eerste deel, onder algemene onderwerpen, vierde hoofdstuk, 'Dwingend of Aanvullend recht'⁶³, verplichting tot het schriftelijk aangaan van de arbeidsovereenkomst.

De memorie van toelichting geeft de volgende verklaring: 'In de gevallen, waar afwijking niet verboden is, verlangt het Ontwerp vaak dat zij schriftelijk worde overeengekomen, opdat partijen zich behoorlijk rekenschap ervan geven, dat zij hunne rechtsbetrekking aan andere regels onderwerpen dan door de wet in het algemeen als de meest rationeële zijn vastgesteld. (...) Met de schriftelijke overeenkomst wordt het reglement op ééne lijn gesteld.'

In het Voorlopig Verslag der Eerste Kamer wordt opgemerkt dat het eisen van geschrift voor een aantal bepalingen en bedingen in strijd is met de beginselen van ons burgerlijk recht en niet bevorderlijk is 'aan de zedelijke ontwikkeling des volks.' Het recht moet 'de goede trouw aankweken die voldoening van gedane toezeggingen

61 A.R. Houweling, Het schriftelijkheidsvereiste bij het concurrentiebeding ex art. 7:653 BW anno 2006, ArA 2006/2, noot 12 op p. 69.

62 E.M. Meijers, de Arbeidsovereenkomst met Aanteekeningen, Haarlem, Tjeenk Willink, derde druk, 1924.

63 A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, eerste deel, 's-Gravenhage, Boekhandel v/h Gebr. Belinfante, 1907, op p. 251, na A. noodzakelijkheid van dwingend recht, B. burgerrechtelijke strafbepalingen, en C. arbeiders te wier aanzien dwingend recht minder noodzakelijk is.

eischt en beroep op gemis aan inachtneming van voorgeschreven vormen, als middel om aan verbintenissen te ontkomen, wraakt.’ Verder wordt opgemerkt dat het eisen van geschrift in gevallen die zich geregeld bij arbeidscontracten zullen voordoen, ook niet ‘gering bezwaar opleveren voor hen, die niet in staat zijn hunne handteekening te plaatsen.’ Maakt men geen bijzondere bepalingen, dan is, zo zeggen leden van de Eerste Kamer, een notariële tussenkomst nodig, waarvan het ‘zeker onbillijk is dat de werkgever de betrekkelijke belangrijke kosten draagt. De kans op indienstneming van meenigen onontwikkelden werkman die toch al niet bij voorkeur begeerd wordt, zal hierdoor nog geringer worden dan zij reeds is.’

Voorts wordt in de Eerste Kamer nog opgemerkt dat een schriftelijke overeenkomst licht aanleiding zal geven voor de werkgever om de zaken veel scherper te bezien dan anders het geval is. Opgemerkt wordt – door weer andere leden van de Eerste Kamer – dat de eis van schriftelijke overeenkomsten als een opvoedend element kan worden gezien. ‘De lieden die arbeidsovereenkomsten aangaan, zullen door dezen eisch van het schriftelijk aangaan van een arbeidscontract leeren zich duidelijk rekenschap te geven van de verplichtingen welke zij op zich nemen en zich beijveren die goed en duidelijk te omschrijven.’ Tegenover dit gevoelen werd ‘de meening aangesproken dat, rekening houdende met de onbekwaamheid van de meeste menschen om juist te formuleeren deze eisch van schriftelijk overeenkomsten een bron zoude worden van tallooze processen.’

Het oorspronkelijke wetsontwerp, waarbij het arbeidsreglement werd afgeschaft en het eenzijdige-wijzigingsbeding werd ingevoerd, kende geen eis van schriftelijkheid. Pas door een amendement⁶⁴ van de leden Middelen Schimmel van de Tweede Kamer is het woord “schriftelijk” toegevoegd. De beide Kamerleden lichtten deze toevoeging toe door erop te wijzen dat in het wetsvoorstel wordt bepaald dat de werkgever slechts een beroep kan doen op een wijzigingsbeding, indien hij bij de wijziging een zwaarwichtig belang heeft. Zij schrijven: ‘De bepaling stelt geen formele eis aan het wijzigingsbeding. Uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid dient aan het beding zelf de formele eis te worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen.’

64 W.o. 24 615 wijziging van de wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek.

Minister Melkert nam het amendement zonder enig debat over.⁶⁵

De door de wet geëiste schriftelijkheid van het eenzijdige-wijzigingsbeding is hier niet herleidbaar tot bescherming van de werknemer. Gebruikt zijn de neutrale begrippen rechtszekerheid en kenbaarheid. Deze beide woorden duiden ook op een tamelijk objectieve ratio, waarbij de strekking van de bescherming van de werknemer minder relevant is. Dat duidt er mijns inziens op dat, gelet op het bepaalde in art. 3:40 BW, het eenzijdige-wijzigingsbeding altijd schriftelijk moet zijn overeengekomen en anders niet tussen partijen bestaat.

1.6.2 *Opname in de arbeidsovereenkomst*

Minister Melkert heeft geen enkel woord gewijd aan het tweede element in het amendement, te weten dat het eenzijdige-wijzigingsbeding niet alleen schriftelijk moet worden overeengekomen, maar ook in de arbeidsovereenkomst zelf moet voorkomen. Dit laatste element doet denken aan de enig jaren eerder⁶⁶ gevoerde discussie of een concurrentiebeding in een arbeidsreglement of in een CAO mag worden overeengekomen, dan wel alleen in de individuele arbeidsovereenkomst zelf. In dat laatste is wellicht nog een argument gelegen waarom belang moet worden gehecht aan de schriftelijkheidseis. De werknemer en de werkgever moeten zich goed bewust zijn van het sluiten van het beding. Het eenzijdige-wijzigingsbeding hoort dus niet thuis in een CAO of een reglement of regeling.

1.6.3 *Flexibiliteit en zekerheid, het concurrentiebeding en het eenzijdige-wijzigingsbeding*

Opmerkelijk is dat de discussie die eerder in de kamerstukken is gevoerd over de reden van schrapping van de mogelijkheid van gebondenheid aan een concurrentiebeding via reglement en CAO⁶⁷ niet opnieuw heeft plaatsgevonden en dat er zelfs niet naar verwezen is.

65 'Voorzitter!', zei minister Melkert, 'Ik kom dan bij het amendement op stuk nr. 15 van de heer Middel en mevrouw Schimmel over het schriftelijk overeenkomen van het eenzijdig wijzigingsbeding. Dat vind ik eigenlijk ook een punt dat nader verduidelijkt hoe moet vastliggen dat zo'n beding bestaat en dus ook ingeroepen kan worden. Ik ben dus bereid om ook dit amendement over te nemen.' (TK 87, 3 juni 1997, 87-6066).

66 W.o. 23 438, nr. 3, p. 35, Tweede Kamer 1993/1994.

67 Memorie van toelichting, 23 438 nr. 3, Tweede Kamer 1993-1994.

Niet aannemelijk is dat de reden ervoor daarin gelegen is dat het aangaan van een beding tot eenzijdige wijziging iets geheel anders is dan het aangaan van een concurrentiebeding. Immers zowel het concurrentiebeding als het eenzijdige-wijzigingsbeding zijn bedingen die in het voordeel van de werkgever moeten worden geacht en die zijn belang dienen.

Ongeveer in dezelfde tijd als de discussie over het nieuw in te voeren art. 7:613 BW plaatsvond, werd ook de schriftelijkheidseis (met ingang van 1 januari 1999) ingevoerd voor het proeftijdbeding.⁶⁸ Er is geen enkele koppeling tussen het proeftijdbeding en het eenzijdige-wijzigingsbeding gelegd. Het verschil tussen beide is overigens dat een proeftijdbeding wel schriftelijk, maar niet in de arbeidsovereenkomst behoeft te worden vastgelegd, en dus ook in een CAO mag worden opgenomen. In zoverre bestaat er dus een verschil in bereik tussen het proeftijdbeding enerzijds en het concurrentiebeding en het eenzijdige-wijzigingsbeding anderzijds.

De eis van een geschrift komt in het arbeidsrecht vaker voor. De gevolgen die verbonden worden aan de afwezigheid van een geschrift verschillen. Zo kent, naast het eenzijdige-wijzigingsbeding, het proeftijdbeding en het concurrentiebeding, ook het boetebeding ex art. 650 BW een eis van schriftelijkheid. Lid 6 van art. 7:650 BW verbindt aan het niet in acht nemen van de schriftelijkheid de nietigheid van het beding (ook voor die werknemers die meer dan het minimumloon verdienen). Maar bij de proeftijd is het niet-inacht nemen van de schriftelijkheid niet met zoveel woorden met nietigheid bedreigd. Wel is in lid 7 bepaald dat elk beding, waarbij de proeftijd niet voor beide partijen gelijk is of op langer dan 2 maanden is gesteld⁶⁹, nietig is. Nietigheid ontbreekt evenwel als sanctie op het niet schriftelijk overeenkomen.

Wordt de eis van geschrift gezien als een zo essentiële (constitutieve) voorwaarde dat niet inachtneming ertoe leidt dat het beding niet is overeengekomen, dan is de sanctie nog ernstiger dan nietigheid, te weten non-existentie.

Aan de in de wet opgenomen (dubbele) eis dat het eenzijdig wijzigingsbeding zowel schriftelijk wordt aangegaan als ook in de individuele arbeidsovereenkomst wordt gesloten, is niet de sanctie van

68 Nota n.a.v. het verslag, Tweede Kamer., 26 257, nr. 7, p. 16.

69 (Dan wel ten gevolge van het aangaan van een nieuwe proeftijd de gezamenlijke proeftijden langer dan 2 maanden worden).

nietigheid verbonden, indien aan deze beide voorschriften de hand niet wordt gehouden.

Deze bovenstaande exercitie over de achtergrond van het vereiste van schriftelijkheid van het eenzijdige-wijzigingsbeding alsmede de opname ervan in de individuele arbeidsovereenkomst is van belang voor drie kwesties. De eerste is dat, indien de werkgever een eenzijdige-wijzigingsbeding met de werknemer is overeengekomen, hij vervolgens ook eenzijdig mag wijzigen, onder voorwaarden (zwaarwichtig belang). Het staat de werkgever vrij een eenzijdige-wijzigingsbeding af te spreken met de werknemer, en als de werknemer daarmee instemt is opneming van een eenzijdige-wijzigingsbeding (veelal) niet al te moeilijk, mits het maar schriftelijk gebeurt en in de individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen. Doordat de eenzijdige-wijzigingsbeding gekoppeld is aan de norm van het zwaarwichtig belang, kan niet zonder meer gezegd worden dat het de werkgever te gemakkelijk gemaakt wordt om zo'n niet onbelangrijk beding in de individuele arbeidsovereenkomst op te nemen.

De tweede kwestie is of de werknemer er zo'n groot belang bij heeft om een eenzijdige-wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst te doen opnemen. Is de werknemer niet gebonden aan een CAO, dan dient de georganiseerde werkgever de CAO immers toch toe te passen. Indien de CAO verbeteringen oplevert, klaagt geen werknemer. Indien daarentegen verslechtingen, jaar op jaar, worden doorgevoerd, kan de niet-georganiseerde (en niet-gebonden) werknemer zich verzetten. Vooral de niet-gebonden werknemer kan belang hebben bij de afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding.

De derde kwestie is of een beding waarbij de werknemer zich aan elke toekomstige wijziging, zonder verzet en zonder toepassing van het door de werkgever aan te voeren zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW, verbindt, niet veel te zwaar is. Verdedigd wordt dat het mogelijk is dat 'partijen hun contracteervrijheid prijsgeven'⁷⁰, wat betreft toekomstige wijzigingen, ongeacht of deze wijzigingen verbeteringen of verslechtingen van de arbeidsvoorwaarden betreffen. Dat gaat naar mijn mening erg ver, omdat niet alleen het evenwicht ernstig wordt verstoord, maar ook (vervolgens) een situatie ontstaat,

70 A.F. Bungener en E. Koot van der Putte, Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW: een reactie, SMA 2006 11/12, p. 512.

waarin de werknemer een reeks van verslechtingen van de arbeidsvoorwaarden alleen zou kunnen doorbreken door een beroep te doen op het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW, te weten dat het voor hem, werknemer, onaanvaardbaar zou zijn dat de verslechtingen jaar in jaar uit, blijvend, worden doorgevoerd. Mirabile dictu. Daar komt nog bij dat naar oud recht zo'n beding verboden (nietig) was (art. 7A:1637 BW onder de letter l van Lazarus) en dit naar nieuw recht (waarschijnlijk) niet nodig is geacht, omdat de norm van zowel eenzijdige-wijzigingsbeding als zwaarwichtig belang, gecombineerd, voldoende bescherming biedt tegen eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden door de werkgever. Indien de wenselijkheid van zo'n verstrekkend beding nodig is voor de praktijk van de ordening van arbeidsvoorwaarden, dan is denkbaar dat het beding, zoals een concurrentiebeding, in de loop der seizoenen zwaarder kan gaan drukken en dan haar werking verliest. De werkgever zou met een zwaarwichtig belang moeten aantonen dat de verslechtingen telkenmale nodig zijn.

1.6.4 Het niet in de arbeidsovereenkomst zelf opgenomen eenzijdige-wijzigingsbeding

Met een zekere regelmaat komt het voor dat niet de arbeidsovereenkomst zelf maar de in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde regeling (bijvoorbeeld de auto-leaseregeling) een eenzijdige-wijzigingsbeding kent. Naar uit het bovenstaande (1.6.1 en 1.6.2.) blijkt, kan dit niet worden gelijkgesteld met een uitdrukkelijk tussen werkgever en werknemer overeengekomen schriftelijk eenzijdige-wijzigingsbeding. Datzelfde geldt voor een in de CAO opgenomen eenzijdige-wijzigingsbeding.⁷¹ Het gevolg daarvan is dat geen eenzijdige-wijzigingsbeding in de zin van art. 7:613 BW is overeengekomen en dat de werkgever dus niet met een beroep op een zwaarwichtig belang, maar slechts met een beroep op onaanvaardbaarheid ingevolge art. 6:248 lid 2 BW een eenzijdige wijziging zal kunnen doorvoeren.

71 Jellinghaus is het hier niet mee eens en voert voor die mening aan dat uit de wettekst niet van het tegendeel blijkt (S.F.H. Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overgang, Kluwer, Deventer, 2003, p. 193). De wettekst geeft evenwel niet altijd alleen uitsluitel. Soms bieden de Kamerstukken ook verheldering. Zie noot 65.

1.6.5 *Overgangsrecht*

Er bestaan ongetwijfeld nog vele, van voor 1998 stammende en niet schriftelijk vastgelegde eenzijdige-wijzigingbedingen. Daaraan is bij de invoering van art. 7:613 BW gedacht.

Bij nota van wijziging⁷² is voorgesteld als overgangsbepaling op te nemen dat, indien de arbeidsvoorwaarden van de werknemer op het tijdstip van de inwerkingtreding van de nieuwe wet mede door reglement wordt bepaald, de inhoud van het reglement na de inwerkingtreding van de wet deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. De gedachte die hier achter zat, is geweest dat, doordat de regeling van het arbeidsreglement vervalt, er zonder overgangsbepaling geen wettelijk regime zou zijn voor de al bestaande arbeidsreglementen. Om twijfel uit te sluiten omtrent de vraag of de inhoud van een nu bestaand arbeidsreglement na de inwerkingtreding van deze wet wel of niet tot inhoud van de arbeidsovereenkomst behoort, is bepaald dat die inhoud deel gaat uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Justitie en Economische Zaken voegden er nog aan toe dat, 'wanneer nu een eenzijdig wijzigingsbeding voorkomt in een arbeidsovereenkomst', de werkgever na de inwerkingtreding van deze wet daarop een beroep kan doen (slechts) indien hij een zwaarwichtig belang heeft. Kenmerkend voor deze door de ministers bedoelde eenzijdige wijzigingsbedingen kan niet zijn geweest dat zij schriftelijk in de arbeidsovereenkomst waren opgenomen, omdat die eis toen nog niet bestond. Dit betekent dat het dus mogelijk is dat de voor 4 maart 1998 bestaande, niet-schriftelijke wijzigingsbedingen wel degelijk werking hebben, zodat de eis van schriftelijkheid thans niet in alle gevallen kan worden gesteld, met name niet voor de vóór 1998 al bestaande eenzijdige wijzigingsbedingen van niet-schriftelijke aard. Dat zouden er wel eens veel kunnen zijn, hoewel ze langzaam uitsterven.

72 Nota van wijziging d. d. 20 januari 1997, Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 615, nr 10, p. 3 en 4.

1.7 Goed werkgeverschap vóór 1998

In de eerste, uit 1993 daterende, uitgave van 'Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht'⁷³ komt Heerma van Voss tot de conclusie dat het goed werkgeverschap in kwesties als taakwijziging, overplaatsing en functieverlaging (degradatie) tot jurisprudentiële rechtsregels geleid heeft. Zo mag de werkgever de werknemer in beginsel een andere taak opdragen zolang deze binnen de functieomschrijving blijft.⁷⁴ Daarbuiten kan dit alleen in geval van gewichtige⁷⁵ redenen. De op te dragen nieuwe taak dient te liggen op het niveau van de oude functie, tenzij de werkgever kan aantonen dat deze functie niet beschikbaar is. Bij het wijzigen van functie dienen persoonlijke bezwaren van de werknemer in de belangenafweging van de werkgever te worden betrokken. Dit geldt temeer wanneer sprake is van overplaatsing naar een andere vestiging. Aan verlaging in functie (al dan niet in de vorm van degradatie) dienen zwaarwegende redenen ten grondslag te worden gelegd, nu het één van de zwaarste maatregelen vormt na ontslag.

In het algemeen zal functieverlaging niet snel geoorloofd zijn. In het geval van overplaatsing en functieverlaging bestaan evenwel minder wettelijke waarborgen dan bij ontslag. Om een goede ontslagbescherming mogelijk te maken dienen interne alternatieve oplossingen aan de werkgever ter beschikking te staan. Toch, zo merkt Heerma van Voss op, worden in veel uitspraken van de rechter beslissingen van de werkgever niet gerechtvaardigd geacht, wellicht omdat ze vaak op emotionele basis worden genomen. Dit gold bijvoorbeeld voor een degradatie tot klusjesman⁷⁶ en ook voor een functieverlaging ingeval waar intensivering van toezicht wel aanvaardbaar was.⁷⁷ Hoewel ten aanzien van hoger personeel een zekere beleidsvrijheid bestaat ten aanzien van de handhaving in functies, achtte de kantonrechter in Rotterdam onvoldoende zwaarwegende redenen aangevoerd voor een degradatie van districtsmanager tot artsbezoeker.⁷⁸

73 G.J.J. Heerma van Voss in de eerste uitgave (1993), in de reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht, van 'Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht', Samsom, Alphen aan den Rijn, 1993, p. 103 en 104.

74 Gerechtshof 's Hertogenbosch 21 oktober 1991, NJ 1992, 146.

75 G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1993, noemt op p. 88 'zwaarwegende argumenten' en op p. 103 in de samenvatting 'gewichtige redenen'.

76 Ktr Amsterdam, 24 januari 1987, NJ 1987, 655.

77 Pres. Rb. 's Gravenhage 4 oktober 1990, KG 1990, 396.

78 Ktr Rotterdam, 12 februari 1992, Prg 1992, nr. 3627 en KG 1992, 383.

Ten aanzien van de wijziging van arbeidsvoorwaarden merkt Heerma van Voss op dat materieel het uitgangspunt zal moeten zijn dat, ook als de werkgever zich eenzijdige wijziging heeft voorbehouden, dit hem niet het recht geeft de arbeidsvoorwaarden fundamenteel te verlagen. Tot nog toe, zo schrijft Heerma van Voss, zijn nog niet veel uitspraken op dit gebied gepubliceerd.⁷⁹

In de rechtspraak werd uitgemaakt dat de werkgever onder omstandigheden niet gerechtigd was eenzijdig aan de werknemer het gebruik van de bedrijfsauto ook voor privé-doeleinden te ontnemen, ook niet indien hij daarbij een afbouwregeling aanbood.⁸⁰ Erkend werd voorts dat een concern een financiële crisis doormaakte en dat de nieuwe kostenvergoeding in overeenstemming was met de werkelijke kosten.⁸¹ Ook werd afschaffing toegelaten van een zeer oude bijzondere secundaire arbeidsvoorwaarden waarvan handhaving, mits na redelijk overleg, niet meer kon worden gevegd.⁸²

Konijn⁸³ wijst op enige uitspraken vóór 1998⁸⁴ over eenzijdige verlaging van het salaris en concludeert dat in beginsel zo'n wijziging niet geoorloofd wordt geacht, maar dat bijzondere omstandigheden een uitzondering vormen, waarin door de rechter terughoudendheid moet worden betracht.

De gevolgtrekking luidt dat, wanneer de werkgever bevoegd is op grond van art. 7A:1638z (oud) BW eenzijdig veranderingen in arbeidsvoorwaarden door te voeren, deze wijzigingen in het algemeen geen aanmerkelijke achteruitgang van de arbeidsvoorwaarden mogen meebrengen. De werkgever zal sterker staan, indien hij gepoogd heeft over de voorgestelde wijziging overeenstemming te bereiken met de ondernemingsraad. Zelfs als de ondernemingsraad instemt met de wijziging, kan echter nog toetsing plaatsvinden aan de eis van goed werkgeverschap.⁸⁵

79 G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht', Samsom, Alphen aan den Rijn, 1993, p. 94.

80 Ktr Zutphen 24 maart 1987 Prg. 1987, nr 2691.

81 Ktr. Amsterdam 19 maart 1992, JAR 1992/26.

82 Ktr Zevenbergen, 30 januari 1992, Praktijkgids (Prg) 1992 nr. 3637.

83 Y. Konijn, cumulatie of exclusiviteit (diss.), Boom, 1999, p. 281.

84 O.a. Ktr. Apeldoorn, 4 oktober 1995, Prg. 1996, 4477 en JAR 1996/20; Ktr. Utrecht, 5 februari 1997, JAR 1997/73; ktr Zaandam, 29 februari 1996, Prg. 1996, 4639; Ktr. Enschede, 5 december 1996, Prg. 1997, 4695 en JAR 1997/18.

85 G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht', Samsom, Alphen aan den Rijn, 1993, p. 104.

1.8 Ontwerpen van Wet aanpassing arbeidsduur (WAA)

In de jaren 1992 tot 2000 vond er nog een ontwikkeling plaats, waarbij hier moet worden stilgestaan. Terwijl de mogelijkheid om via het arbeidsreglement wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen onder hevig vuur kwam te liggen en zich in de rechtspraak schaarse en moeizame ontwikkelingen voordeden om eenzijdige wijzigingen mogelijk te maken op grond van goed-werkgeverschap, poogden verscheidene Tweede Kamerleden wetgeving ingang te doen vinden op het gebied van deeltijdwerk, differentiatie van arbeidsduurpatronen en het combineren van arbeid en zorg.

In 1993 was door het Tweede Kamerlid Rosenmöller een initiatief wetsvoorstel ingediend tot bevordering van deeltijdarbeid⁸⁶. In 1998 is vervolgens door de Tweede Kamerleden Rosenmöller, Van Nieuwenhoven en Bakker een initiatiefwetsvoorstel ingediend houdende wijziging van de arbeidstijden⁸⁷. Het werd verbonden aan de wenselijkheid deeltijdwerk en differentiatie van arbeidsduurpatronen te bevorderen. Het eerste initiatiefwetsontwerp is in maart 1996, overigens in gewijzigde vorm, door de Tweede Kamer aanvaard, maar in december 1997 door de Eerste Kamer verworpen. In het tweede wetsvoorstel (25 900) werd de mogelijkheid voor werknemers geopend om meer of minder uren te gaan werken. De werkgever hoefde een verzoek om aanpassing niet in de willigen, wanneer dat op grond van zwaarwegende bedrijfsbelangen niet kon worden verlangd.

In weer een ander (derde) initiatiefwetsvoorstel, van het kamerlid Bijleveld-Schouten, bestond een recht op deeltijdse arbeid naast onder meer aanpassing van het ouderschapsverlof, financiering van loopbaanonderbreking en invoering van onbetaald zorgverlof. De werkgever kon, zo luidde het voorstel, op grond van gewichtige redenen een verzoek weigeren. Deze gewichtige redenen deden zich voor, wanneer de werkgever door inwilliging van het verzoek voor onoverkomelijke problemen zou worden gesteld. Het belang van de werkgever diende te worden afgewogen tegen het belang van de werknemer.

In 1998 dient de regering zelf een wetsontwerp in. Een belangrijk onderdeel is het overlegvereiste tussen werkgever en werknemer.

86 Tweede Kamer, w.o. 23 216.

87 Tweede Kamer, w.o. 25 900.

Hiermee wordt het uitgangspunt benadrukt dat veranderingen in een bestaande arbeidsovereenkomst in beginsel met wederzijdse instemming moeten plaatsvinden. En verder slotte heeft de werkgever de mogelijkheid om op grond van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen het verzoek van de werknemer om aanpassing niet te honoreren. De werkgever kan vervolgens, indien hij daar een zodanig belang bij heeft dat de wens van de werknemer moet wijken, de spreiding van de uren vaststellen in afwijking van de door de werknemer gewenste spreiding.⁸⁸

In de nota naar aanleiding van het verslag⁸⁹ is door de VVD aan de orde gesteld in hoeverre de formulering niet, over de hele linie (dus bij afwijzing van het verzoek om aanpassing en, na toewijzing, bij de spreiding van de uren), beter als volgt zou kunnen luiden: 'tenzij de werkgever zich kan beroepen op zodanige bedrijfsbelangen dat de wensen van de werknemer daarvoor redelijkerwijs moeten wijken'. De regering heeft geantwoord dat de door de VVD voorgestelde formulering naar de mening van de regering niet voldoende het zwaarwegende karakter van de bedrijfsbelangen weergeeft.

Het CDA heeft de vraag gesteld of, als de regeling alsnog in het BW zou worden opgenomen, niet beter gekozen kan worden voor de norm van door de werkgever aangevoerde gewichtige redenen. De regering plaatst gewichtige redenen, die voorkomen bij bijvoorbeeld het ouderschapsverlof, naast redelijkheid en billijkheid, maar plaatst deze niet op hetzelfde niveau als zwaarwichtige redenen.

De WAA kent nu twee regimes, te weten de zwaarwegende bedrijfs- (of dienst-)belangen en vervolgens de spreiding van arbeidsuren, welke laatste wordt getoetst aan maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De reden dat niet de norm werd overgenomen dat zwaarwichtige redenen moeten worden aangevoerd, waarvoor de belangen van de werknemer moeten wijken, was dat de regering niet heeft gewild dat de werknemer in een situatie verzeild raakt waarin hij met zijn werkgever moet discussiëren over de vraag of hij voor een kind mag gaan zorgen, scholing mag gaan volgen of zijn eigen gezondheid wat beter mag gaan bewaken (waardoor hij wellicht ook tot zijn 65ste kan blijven werken wat past in het bevorderen van de arbeidsmotivatie van ouderen).

De voorbeelden in de WAA van zwaarwegende bedrijfsbelangen zijn overigens niet limitatief.

88 Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 23 358, nr. 5.

89 Handelingen 1999-2000, nr. 101, Tweede Kamer, 26358, p. 5825 e.v.

Uit de bovenstaande parlementaire geschiedenis van de WAA blijkt niet alleen wederom van het belang van overeenstemming tussen werkgever en werknemer, maar ook van de introductie van een norm die weer wat zwaarder is dan die van art. 7:613 BW. Waar dit laatste artikel spreekt over zwaarwichtige belangen waarvoor de belangen van de werknemer redelijkerwijze moeten wijken, is in de WAA het begrip zwaarwegende bedrijfsbelangen opgevoerd en wordt over het wijken van de belangen van werknemer niet gesproken. Bij de werkgever ligt voor de toepassing van de WAA de plicht om, tegenover de wensen van de werknemer om verandering in de arbeidsduur te verkrijgen, zwaarwegende bedrijfsbelangen aan te voeren. De wet bepaalt dat bij een verzoek tot vermindering van arbeidsduur in ieder geval sprake is van een zwaarwegend bedrijfsbelang, indien de vermindering leidt tot ernstige problemen voor de bedrijfsvoering bij de herbezetting van de vrijgekomen uren alsmede ernstige problemen op het gebied van veiligheid of ernstige problemen van roostertech- nische aard. Bij een verzoek tot vermeerdering van arbeidsduur is in ieder geval sprake van zwaarwegende bedrijfsbelangen, wanneer die vermeerdering leidt tot ernstige problemen van financiële of organi- satorische aard, ernstige problemen wegens het niet voorhanden zijn van voldoende werk of ernstige problemen, omdat de vastgestelde formatieruimte of personeelsbegroting daartoe ontoereikend is. Uit rechtspraak blijkt dat niet snel zodanige zwaarwegende redenen wor- den aangevoerd dat een vordering van de werknemer tot vermindere- ring van de arbeidsduur wordt afgewezen⁹⁰ en dat de meeste aange- voerde gronden, zoals de hoedanigheid van de werknemer als spin in het web of de specifieke kennis maar ook het streven naar minder overdrachtsproblemen (van de ene parttimer aan de andere parttimer), het ontstaan van werkachterstand en de noodzaak van voortdu- rende bereikbaarheid, falen. De tweede in de WAA opgenomen toets (van de redelijkheid en billijkheid) bij de spreiding van het aantal uren lijkt zwaarder te (gaan) worden.⁹¹

Ook al zou de invulling in de jurisprudentie van de zwaarwegan- de belangen ex art. 2 WAA aanleiding kunnen geven tot de gedachte dat zwaarwegende belangen echt heel zwaar moeten zijn, toch dient deze norm uit de WAA mijn inziens niet richtsnoer te zijn voor de

90 Zie J.J. Willemsen, Wet aanpassing arbeidsduur 4,5 jaar later, *ArbeidsRecht* 2005,10, p. 13 en 14.

91 Zie J.J. Willemsen, Wet aanpassing arbeidsduur 4,5 jaar later, *ArbeidsRecht* 2005,10, p. 15 en 16.

toepassing van de zwaarwichtige belangen in de zin van art. 7:613 BW, omdat bij een verzoek van een werknemer tot aanpassing van de arbeidsduur in de zin van de WAA niet een daadwerkelijke belangenafweging plaats vindt. Dit zeer bijzondere karakter van de zwaarwegende belangen in de WAA staat daarom in de weg aan de uitoefening van invloed op de invulling van de zwaarwichtige belangen van art. 7:613 BW.

Het is mogelijk dat er soms aanrakingspunten zijn, zoals wanneer art. 7:613 BW zou worden benut voor een aanpassing van de arbeidsduur. Deze aanpassing geschiedt dan op andere wijze dan voorgescreven in de WAA, die in art. 2 lid 3 bijvoorbeeld eist dat tussen (de inwilliging of afwijzing van) het ene verzoek en (de indiening van) het andere meer dan twee jaar gelegen is.

1.9 *Samenvatting 1.1 tot en met 1.8*

Bij een poging het bovenstaande samen te vatten valt op dat er in de periode vóór 4 maart 1998 tegelijkertijd een aantal ontwikkelingen plaatsvond.

A.

De eerste ontwikkeling is dat, ook voordat het eenzijdig wijzigingsbeding in de wet werd geregeld en de eis van schriftelijkheid eraan werd verbonden, al wijziging van arbeidsvoorwaarden onder omstandigheden geoorloofd werd geacht.

De lagere rechtspraak ontwikkelde in een aantal uitspraken, zoals blijkt uit een overzicht van Heerma van Voss en Konijn, de norm van het zwaarwichtig of zwaarwegend belang. Deze norm komt waarschijnlijk voort uit twee met elkaar samenhangende visies, te weten dat in beginsel voor een wijziging tussen werkgever en werknemer overeenstemming dient te worden bereikt en anderzijds dat sommige maatregelen zoals functieverlaging zo dicht bij ontslag liggen, althans een van de zwaarste maatregelen vormen na ontslag, dat er heel goede, zwaarwegende, redenen aan ten grondslag moeten worden gelegd.⁹² Uit de geschetste, door rechters beoordeelde, gevallen blijkt van een rechterlijke geneigdheid om ervan uit te gaan dat een arbeidsovereenkomst eenzijdig mag worden gewijzigd. Ook in de

92 G.J.J. Heerma van Voss, 'Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht', Samsom, Alphen aan den Rijn, 1993, p. 104; Y. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit (diss.), Boom, 1999, p. 281.

(schaarse) rechtspraak vóór 1998 is de noodzaak van een tussen werkgever en werknemer afgesproken bevoegdheid van de werkgever om arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen een gegeven.

B.

De oorspronkelijke in de memorie van toelichting bij wetsontwerp 24 615 neergelegde analyse van de zwaarwichtige reden, waarvoor het belang van de werknemer redelijkerwijze moet wijken, en de verbinding met de onaanvaardbaarheid van de toepassing van een regeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, is in de loop van de behandeling van het wetsvoorstel niet gehandhaafd. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid komt, behalve in de allereerste toelichting, daarna niet meer voor. Consequent wordt de norm van de zwaarwichtige redenen waarvoor het belang van de werknemer moet wijken genoemd.

C.

De derde ontwikkeling is dat de Hoge Raad, in zijn poging het verouderde arbeidsreglement een modern jasje te geven, de norm van de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid toepaste. Ik kan die ontwikkeling evenwel niet anders duiden dan als een waarbij de Hoge Raad niet zover wilde gaan als éénmaal gebeurd is in een andere kwestie over brandverzekeringen, waarin een in onbruik geraakte regel gewoon buiten werking werd gesteld⁹³. De Hoge Raad was even de plaatsvervangende wetgever. Hij moest wel, gelet op nog steeds geldende wetgeving met haar vergaande consequenties voor de weigerende werknemer (in de vorm van een geconstrueerde opzegging van de arbeidsovereenkomst), met de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid aan de slag.

D.

De Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) kent in ongeveer tegelijk met het ingevoerde art. 7:613 BW gerealiseerde wetgeving de toets van zwaarwegende belangen, zonder dat de belangen van de werknemer daartegenover expliciet worden afgewogen. De reden daarachter, te weten bescherming van de werknemer tegen het bloot moeten geven van te persoonlijke motieven, is evenwel bijzonder. Daardoor vindt geen echte belangenafweging plaats. Daarom moet deze ogenschijn-

93 Cfr. het arrest *La Confiance/Maring* (HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339).

lijk⁹⁴ zwaardere norm geen betekenis hebben voor de andere vormen van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door middel van het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW?

E.

De invoering van de regel dat, voordat de werkgever een arbeidsvoorwaarde mag wijzigen, eerst een eenzijdige-wijzigingsbeding schriftelijk tussen werkgever en werknemer moet zijn overeengekomen, is niet een existentiële voorwaarde voor wijzigingsbevoegdheid, maar is bedoeld om op voorhand tussen werkgever en werknemer een evenwicht te bereiken. De werkgever wil wijzigen en de werknemer moet dit over zich heen laten komen.

Wat wordt dan het evenwicht, indien tussen werkgever en werknemer geen eenzijdige-wijzigingsbeding is gesloten? Is dat blijvende toepassing van de overeengekomen arbeidsvoorwaarde, hoe dan ook? En wat is dan de inhoud van de door de werkgever aan te voeren onaanvaardbaarheid van de blijvende toepassing van een arbeidsvoorwaardenregeling? Alleen (zeer) ernstige en dringende financiële redenen? Of is toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets zoals deze in een tweetal regelmatig met name genoemde arresten van de Hoge Raad zou zijn toegepast, ook anderszins bruikbaar voor het leerstuk van de eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden?⁹⁵ Dit tweetal arresten betreft respectievelijk Parallel Entry / KLM en VNV⁹⁶ en Frans Maas/ FNV.⁹⁷ Mede aan de hand van de inhoud van deze beide arresten wordt verdedigd dat de normen van art. 7:613 BW en 6:248 lid 2 BW qua zwaarte gelijk kunnen worden gesteld aan die van het goed-werknemerschap uit het arrest Taxi Hofman.⁹⁸ Maar dat het

94 Tussen zwaarwegende belangen en zwaarwichtige belangen zou wellicht nog een onderscheid kunnen zitten. In rechtspraak of literatuur heb ik haar niet kunnen vinden. Ik denk dat beide naamwoorden uitdrukken dat iets zwaar van gewicht moet zijn en dat de connotatie bij zwaarwichtig (in de betekenis van: als zeer gewichtig voorgesteld, gewichtig aandoend) geen rol speelt.

95 Zie R.M. Belzer, De schier onontwarbare kluwen van 611,613 en 248, *Arbeid Integraal* 2, april 2004, p. 31 e.v.; W.A. Zondag, ArA, Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de lagere rechtspraak, 2006/ 3, p. 4 tot en met 54.

96 HR 30 januari 2004, JAR 2004/68.

97 HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471.

98 W.A. Zondag, Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de lagere rechtspraak, ArA 2006/3, p. 29.

zwaarwichtig belang en het goed-werknemerschap onderling uitwisselbaar zijn met het onaanvaardbaarheids criterium van art. 6:248 lid 2 BW, valt niet uit de beide genoemde arresten te destilleren. Deze stelling vereist onderbouwing en ik ontkom niet aan een tamelijk uitgebreide analyse van beide uitspraken.

1.10 *Parallel Entry*

De naam Parallel Entry is de naam van een vereniging van werknemers (niet zijnde een vakbond of meer precies een vereniging van werknemers als bedoeld in art. 1 Wet op de CAO) die geprobeerd hebben om een gelijkwaardige binnenkomst, een parallelle entree, te krijgen bij KLM. De leden van Parallel Entry zijn werknemers in dienst bij KLM maar gestationeerd bij een in 1991 opgerichte volle dochteronderneming, KLM Cityhopper BV, die verder KLC wordt genoemd. Parallel Entry stelt het onderscheid aan de kaak tussen zogenoemde KLM-vliegers en KLC-vliegers die oorspronkelijk – dit verschil speelt straks nog een rol – van Netherlines kwamen of nieuw bij KLC in dienst zijn gekomen. Deze werknemers hebben niet dezelfde senioriteitsrechten als de KLM-vliegers. Tot 1 juli 1996 golden (bovendien) andere selectiecriteria voor KLC-vliegers dan voor KLM-vliegers. KLM-vliegers moesten in beginsel op het grootste vliegtuig (100 tot 400 zitplaatsen) kunnen gezagvoeren. KLC-vliegers niet, want die moesten geschikt zijn te vliegen op vliegtuigen met 30 tot 80 zitplaatsen.

De vliegers meenden dat er sprake was van ongelijke behandeling (in de periode 1 april 1991 tot 1 juli 1996) en beriepen zich op het zogenoemde Agfa-arrest van de Hoge Raad d.d. 8 april 1994, NJ 1994, 704 en JAR 1994/94). Dit arrest bevat de veel aangehaalde zinsnede dat bij de vaststelling van wat de eisen van goed-werkgeverschap (voor een geval als het onderhavige) inhouden, het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond in aanmerking moet worden genomen, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toestaat. De kantonrechter constateerde dat er geen ongelijke behandeling is, omdat er geen gelijke arbeid is.

De rechtbank, in het hoger beroep van het kantonrechterlijk vonnis, overwoog dat er twee kleine vormen van ongelijke behandeling zijn. De rechtbank constateerde allereerst dat een Fokker 70-vlieger zonder bijscholing op een Fokker 100 kon worden ingezet. De rechtbank meende evenwel dat deze omstandigheid (die door haar werd

aangeduid met ‘een kleine overlapping’) nog niet de conclusie rechtvaardigt dat de KLC-vliegers dan aanspraak konden maken op dezelfde beloning als de Fokker-100-vliegers. De rechtbank moest op de tweede plaats erkennen dat in de periode 1991 tot 1996 binnen KLC sprake was van een groep vliegers die precies zelfde soort werk deed, maar toch een ongelijke senioriteit opbouwde bij de overgang naar KLM. Er was een groep (ex-)NLM vliegers en een groep ‘Netherlines-vliegers’ en de eerste groep behield bij de overstap naar KLM volledige senioriteit, terwijl de laatste groep beperkte senioriteit opbouwde. De rechtbank wees erop dat de activiteiten van NLM te gering waren om in een afzonderlijke onderneming onder te brengen, maar ook hier gold voor de rechtbank dat niet iedere schending van het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid in gelijke omstandigheden tot een aanpassing van arbeidsvoorwaarden van de werknemers die ongunstiger beloond worden behoeft te leiden.

De Hoge Raad oordeelde dat bij de beoordeling van het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toestaat, het niet gaat om een onderscheid dat door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden. De Hoge Raad noemt voorbeelden van zo’n verbod: art. 5 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) dat een verboden onderscheid kent op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, en het door art. 7:646 BW en art. 7 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden of het loon (afgekort luidt dat WGBMVAL) verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen. Verder wordt genoemd het ingevolge art. 7:648 BW en 7:649 BW verboden onderscheid op grond van verschil in arbeidsduur of van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. In het onderhavige geval – zo overweegt de Hoge Raad – kan de vraag of sprake is van ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed-werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW. In deze bepaling vinden de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in art. 6:2 BW en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking. De Hoge Raad herhaalt wat in het Agfa-arrest geoordeeld is over wat de eisen van goed-werkgeverschap inhouden. Het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid is een beginsel waaraan een zwaar gewicht kan worden toege-

kend (omdat het ook terug te vinden is in art. 26 IVBPR⁹⁹ en art. 7 IVESCR¹⁰⁰). Desondanks is het niet doorslaggevend, maar moet het 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. Anders gezegd: ook ingeval op zichzelf moet worden aangenomen dat werknemers gelijke arbeid in gelijke omstandigheden verrichten, zonder dat voor een verschil in beloning een objectieve rechtvaardigingsgrond valt aan te wijzen, kan dit nog niet zonder meer tot de slotsom leiden dat zij een gelijke beloning behoren te krijgen. Ook volgt hieruit 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. Het gaat hier immers om een toetsing van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW. Deze vraag kan dus slechts bevestigend 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.

Waarom heeft de Hoge Raad hier gekozen voor de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid?

Van Eck¹⁰¹ stelt zich de vraag waarom de Hoge Raad de zware toets van art. 6:248 lid 2 BW aan heeft gelegd en niet de lichtere toets, zoals deze geformuleerd is in het Taxi Hofman-arrest. Zij verwierpt de stelling van Van Slooten en Heerma van Voss¹⁰² dat het antwoord wellicht is dat de Hoge Raad een duidelijk verschil ziet in het door een wederpartij aantasten van een verbintenis uit de overeenkomst enerzijds en het gebod om in redelijkheid in te gaan op voorstellen tot wijziging van dergelijke overeenkomst anderzijds. In het eerste geval dient in de visie van Van Slooten en Heerma van Voss de maatstaf te zijn of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

99 Internationaal verdrag voor burgerlijke en politieke rechten, Trb. 1966, 99.

100 Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

101 M. van Eck, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2004/2, p. 63 e.v.

102 G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, NJB, Kroniek van het sociaal recht, 2004, p. 498/499.

onaanvaardbaar is wanneer de wederpartij nog gebonden is (vergelijk Parallel Entry) en in het andere geval geldt de Taxi-Hofman-leer. Van Eck verwerpt deze stelling daarom, omdat naar haar mening geen of onvoldoende onderscheid bestaat tussen het doen van wijzigingsvoorstellen en het daadwerkelijk wijzigen van de overeenkomst. Als goed-werknemerschap meebrengt dat de werknemer moet ingaan op een bepaald wijzigingsvoorstel, betekent dit dat hij moet instemmen met de voorgestelde wijziging van de overeenkomst.

Wel acht Van Eck een goede verklaring voor het verschil (in maatstaf tussen de Parallel Entry-casus en de Taxi Hofman-zaak) dat het in de laatste om een individueel geschil ging en in de eerste om een collectieve regeling. Zij voelt zich in deze mening gesterkt door het arrest FNV/Frans Maas (HR 25 februari 2000, JAR 2000/85) waarin, zo stelt Van Eck, de Hoge Raad de toets van art. 6:248 lid 2 BW toepaste.

Voor de verklaring waarom de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in het Parallel-Entry-arrest wordt toegepast dient mijns inziens eerst te worden teruggegrepen naar de conclusie van de advocaat-generaal Keus. Deze bouwt zijn conclusie zodanig op dat het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid wordt neergezet als een zacht (althans nog niet zo erg hard) beginsel ten opzichte van de wel harde beginselen van discriminatie in bepaalde wetten. Waar het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid wel voorkomt in bepaalde verdragen, constateert hij dat deze verdragen vaak de erkenning van een recht op billijke arbeidsvoorwaarden zien als een doelstelling waarnaar gestreefd moet worden en dat zij ook in ons recht nog geen directe rechtstreekse werking hebben. Keus noemt het arrest van de Hoge Raad van 20 april 1990, NJ 1992, 636. Ook noemt hij het HR-arrest van 7 mei 1993, NJ 1995, 259. Uit deze twee uitspraken kan volgens de A-G worden afgeleid dat de Hoge Raad het beginsel dat gelijke arbeid gelijk moet worden beloond te algemeen vindt om zonder nadere uitwerking in de rechtsorde te kunnen functioneren, maar daarin wel een doelstelling ziet waarnaar dient te worden gestreefd. Keus stelt vervolgens dat er voor moet worden gewaakt uit het Agfa-arrest te verregaande conclusies te trekken. Jurisprudentie van lagere rechters na het Agfa-arrest is schaars. Een algemeen beginsel dat gelijke arbeid gelijk moet worden beloond kan volgens de A-G niet op een lijn worden gesteld met de verboden van discriminatie op grond van persoonsgebonden kenmerken. Vervolgens gaat Keus over tot een bespreking van de onderdelen en daar duikt pas voor het eerst een behandeling op van de beperkende werking van redelijkheid en

billijkheid. Het klinkt bijna als een terloopse opmerking wanneer de A-G onder punt 2.31 meldt: ‘daarbij moet overigens (naar analogie van art. 6:248 BW) in aanmerking worden genomen dat de rechter op grond van het beginsel van goed werkgeverschap weliswaar ook aan tussen partijen overeengekomen regels kan voorbijgaan, maar dat daarbij terughoudendheid past (vgl. het ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn’ van art. 6:248 lid 2 BW). Vervolgens, onder punt 3.4. van de conclusie, bij de bespreking van de voorwaardelijke incidentele middelen, haalt Keus het cassatiemiddel aan dat aanvoert dat naar Nederlands recht de door partijen gemaakte afspraken omtrent beloning en senioriteit bindend zijn en dat slechts onder bijzondere omstandigheden het overeengekomene buiten toepassing moet blijven. Deze uitzondering doet zich voor wanneer het vasthouden aan die afspraken in strijd met de redelijkheid en billijkheid respectievelijk de eisen van goed-werkgeverschap is (zij het dan dat bij beoordeling of zulke omstandigheden zich voordoen dat beginsel ‘in aanmerking genomen’ kan worden). Keus is (met KLM en VNV) van mening dat in het kader van de beoordeling van mogelijke strijd met goed-werkgeverschap marginaal aan het beginsel moet worden getoetst, ook wat betreft de vraag of hetgeen de werkgever als grond voor het gemaakte onderscheid aanvoert, als objectieve rechtvaardiging daarvan kan gelden. De door de rechtbank gevolgde benadering is daarmee volgens de A-G echter niet in strijd. Integendeel, de rechtbank heeft geoordeeld dat KLM in redelijkheid tot het door haar gevoerde beleid heeft kunnen komen. Aldus heeft de rechtbank een marginale toets aangelegd.

Het is de vraag of Keus er verstandig aan gedaan heeft het woord ‘marginaal’ te gebruiken in combinatie met ‘in redelijkheid tot het gevoerde beleid hebben kunnen komen’. Deze norm komt weliswaar bijvoorbeeld voor in art. 26 lid 5 van de Wet op de ondernemingsraden (‘dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het betrokken besluit had kunnen komen’), maar het woord marginaal lijkt bij de beoordeling van (on)gelijke behandeling eigenlijk niet op zijn plaats. In het arbeidsrecht wordt de marginaliteit wel eens door de Hoge Raad gebruikt, te weten in de zaken over de functie-indeling en functiewaardering (in de gezondheidszorg). Na een periode van stilte¹⁰³ beoordeelde de Hoge Raad rede-

103 Na HR 31 mei 1991, NJ 1991, 679 en HR 27 september 1991, NJ 1991, 788.

lijk recent weer eens twee FWG-zaken.¹⁰⁴ De marginale toets die daarin wordt genoemd is de toets waarbij uitgangspunt is dat de werkgever bij de indeling van zijn werknemers in functiegroepen wel aan de maatstaven van de functiewaardering (in de gezondheidszorg) gebonden is, maar dat de aard van deze maatstaven 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.

Deze situatie doet zich bij gelijke behandelingszaken niet in die vorm voor. Integendeel: niet de weging van vele factoren, maar de zwaarte van het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid (of liever de lichtheid ervan) maakt dat een andere toets, te weten die van art. 6:248 lid 2 BW, moet worden aangelegd. Keus heeft (derhalve) waarschijnlijk met marginaal bedoeld dat terughoudend moet worden getoetst. Marginaal is een woord dat ook niet thuis hoort in de discussie over de invulling van redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁵ Terughoudendheid daarentegen is een term die wel enige betekenis heeft als het gaat om de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW. Terughoudendheid hoort typisch bij de norm van art. 6:248 lid 2 BW, te weten de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Al van oudsher is in de parlementaire stukken terug te vinden dat de rechter bij de beoordeling van die toets terughoudend behoort te zijn. Dat heeft van doen met het ingrijpend karakter ervan. In mijn ogen behoort de toets aan deze zware norm dan ook niet aan inflatie onderhevig zijn, doordat te gemakkelijk iets onaanvaardbaar wordt gevonden. Onaanvaardbaar is nog altijd bedoeld geweest als onfatsoenlijk en onbetamelijk.

De benadering van Keus is er een die uitgaat van de echte beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, te weten de van oorsprong zo bedoelde ingreep in afspraken tussen partijen, die een afgesproken regel opzijzet en buiten toepassing laat.

De benadering van Van Eck past daar niet in. Zij is, ten onrechte, te veel gefixeerd op de individuele of collectieve aard van de wijzi-

104 In zijn arresten van 14 maart 2003, JAR 2003/89 en 2 mei 2003, JAR 2003/129.

105 Wel bij de invulling van redelijkheid (zie ook punt 2.3. in de conclusie van A-G Langmeijer bij HR 2 mei 2003, JAR 2003/129) maar dat is niet hetzelfde als de (derogerende) redelijkheid en billijkheid. Zie vóór Frans Maas (HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471) al HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363. (Apeldoorn-Duisterhof), maar ook (recenter) HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284.

ging van een arbeidsvoorwaardelijke regeling, die door Van Eck kenmerkend als belangrijkste onderwerp van het Parallel-Entry-arrest moet worden aangemerkt. Het gaat evenwel om de gevolgen van een honorerings van ongelijke behandeling, te weten dat de regeling dan (deels) vanwege ongeoorlooftheid moet worden teruggedraaid. ('ongedaan moet worden gemaakt' zegt de Hoge Raad).

De verklaring van Heerma van Voss en Van Slooten voor de benutting door de Hoge Raad van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is mijns inziens juist. Waar zij tegenover elkaar plaatsen het aantasten van een verbintenis uit de overeenkomst aan de ene kant en het gebod om op (redelijke) voorstellen in te gaan anderszijds, zetten zij de derogerende en de aanvullende redelijkheid en billijkheid naast elkaar. De aantasting van een verbintenis is het buiten toepassing laten zoals art. 6:248 lid 2 BW bedoelt en het ingaan op voorstellen of het aanvullen van een leemte in een overeenkomst is de uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, soms in een bestaande relatie noodzakelijke, toevoeging of aanvulling op het afgesprokene (art. 6:248 lid 1 BW). Het buiten toepassing laten is hetzelfde als het ongedaan maken van een regeling omdat zij wegens strijd met gelijke behandeling ongeoorloofd is.¹⁰⁶

Zoals blijkt uit de hierboven van het arrest Parallel Entry gegeven analyse is met de toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW daadwerkelijk bedoeld bepaalde overeengekomen bedingen tussen partijen opzij te zetten en buiten toepassing te verklaren. Diezelfde zware norm van art. 6:248 lid 2 BW dient ook voor de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding, gebruikt te worden. Deze toets van de onaanvaardbaarheid staat niet op één lijn met het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW of met de aanvullende redelijkheid en billijkheid en het aanvullende goed-werkgeverschap en goed-werknemerschap ingevolge art. 7:611 BW.

106 G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, Kroniek van het sociaal recht, NJB 2004, afl. 10, p. 497 e.v. ; zie ook G.J.J. Heerma van Voss, Toetsing van cao-bepalingen aan grondrechten, in Een inspirerende Fase in het sociaal recht (Liber amicorum voor prof. Mr. Wil Fase), Zutphen, Uitgeverij Paris, 2007, p. 111 e.v.

1.11 *De Frans Maas-saga*

Niet alleen doordat een verbinding werd gelegd tussen art. 7:613 BW en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid¹⁰⁷ en niet alleen door het Parallel Entry-arrest, is art. 6:248 lid 2 BW invloed gaan verwerven in het vraagstuk van de wijziging van de arbeidsvoorwaarden in de arbeidsovereenkomst. Ook het door de Hoge Raad gewezen arrest inzake Vervoersbond FNV tegen Frans Maas¹⁰⁸ wordt ten grondslag gelegd aan de gedachte dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol dient te spelen. Beltzer wijst erop dat bij de art. 7:611 BW, 7:613 BW en 6:248 BW een oplopende mate van zwaarte van de aan te leggen toets is te bespeuren en dat deze oplopende mate van zwaarte door de rechtspraak wordt bevestigd, waarbij Beltzer wijst op het arrest FNV-Frans Maas. Beltzer gebruikt dit arrest ook door (zoals hijzelf schrijft), 'zijn premissen logisch volgend', een rol aan art. 6:248 lid 2 BW te bieden in de situatie dat art. 7:613 BW geen rol speelt. Dit sluit volgens hem aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad inzake FNV Frans Maas.¹⁰⁹ Reden om aandacht aan dit arrest te besteden.

Deze Frans Maas-saga gaat over de eenzijdige wijziging door Frans Maas, een vervoersbedrijf, van zijn suppletierегeling bij ziekte. Frans Maas kende tot 1 januari 1994 de regeling dat zij een aanvulling (tot 100% van het loon) verstrekke op de uitkering die een zieke en arbeidsongeschikte werknemer krachtens de Ziektewet (70% van het laatstverdiende loon) ontving. Met ingang van 1 januari 1994 was de Wet terugdringing ziekteverzuim, ook wel Wet TZ genoemd, in werking getreden. Deze wet kende onder andere de mogelijkheid dat de werkgever, om de werknemer te prikkelen terughoudend te zijn in ziekmeldingen, slechts 70% van het loon betaalde tijdens ziekte, gedurende 6 weken. Het daarvóór geldende art. 7A:1638c BW bepaalde nog dat de werknemer gedurende korte tijd maar tenminste 6 weken recht had op doorbetaling van het (in beginsel volledige) loon.

Frans Maas wijzigde de suppletierегeling gedeeltelijk. De eenzijdige wijziging betrof de invoering van een regeling dat de eerste vijf

107 In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot afschaffing van het arbeidsreglement en de invoering van art. 7:613 BW, 24 615, zie 1.5.

108 HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 (m.n. ARB) en JAR 2000/85. Zie ook P. Abas, NTBR 2000/6, p. 259.

109 R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, Arbeid Integraal 2004/2, p. 34.

werkdagen tijdens de ziekte niet langer meer gesuppleerd werden tot 100% van het (netto)loon, maar dat slechts het wettelijk vereiste minimum van 70% van het loon zou worden uitgekeerd, waarna voor de resterende periode, na vijf dagen, weer tot 100% van het nettoloan zou worden aangevuld.

De Vervoersbond FNV vorderde dat deze eenzijdige wijziging werd teruggedraaid. Frans Maas voerde verweer en stelde onder andere dat de suppletierегeling een louter onverplicht karakter had. Subsidiar beriep Frans Maas zich op de regeling zoals neergelegd in art. 6:258 BW, de *imprévision*. De invoering van de Wet terugdringing ziekteverzuim per 1 januari 1994 werd door Frans Maas beschouwd als een onvoorziene omstandigheid, die van dien aard is, dat haar werknemers een ongewijzigde instandhouding van de voor 1 januari 1994 door haar gepraktiseerde suppletiepraktijk naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mochten verwachten.

Op 2 april 1998 (derhalve nog geen maand nadat art. 7:613 BW en de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden was ingevoerd en vlak voordat de Hoge Raad het arrest inzake Van der Lely/Taxi Hofman wees) vernietigde de rechtbank Roermond het vonnis van de kantonrechter in Venlo van 18 december 1996, waarin deze de Vervoersbond FNV niet ontvankelijk had verklaard in haar vorderingen. De Vervoersbond FNV had op grond van het bepaalde in art. 3:305a lid 2 BW het vervoersbedrijf Frans Maas voor de kantonrechter gedaagd. De kantonrechter verweet de Vervoersbond dat zij onvoldoende had getracht het door haar gevorderde te bereiken via overleg, zoals vereist is in het tweede lid van 3:305a BW. De rechtbank corrigeerde dit oordeel en verklaarde de bond wel ontvankelijk, maar ontzegde de eis. Naar het oordeel van de rechtbank was het Frans Maas in het onderhavige geval toegestaan de suppletierегeling eenzijdig te wijzigen. De vraag of de suppletierегeling zoals die gold vóór 1 januari 1994 deel is gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemers kon verder in het midden blijven, nu door wetswijziging de financiering van de suppletierегeling ingrijpend gewijzigd was en het naar het oordeel van de rechtbank niet redelijk was dat Frans Maas bij een dergelijke van buiten komende oorzaak de suppletierегeling ongewijzigd in stand moest houden. Daar kwam nog bij dat de wetgever in de memorie van toelichting op de Wet terugdringing ziekteverzuim duidelijk heeft aangegeven dat niet alleen werkgevers, maar ook werknemers gestimuleerd dienen te worden tot terugdringing van ziekteverzuim en dat beïnvloeding van werknemers door middel van een negatieve financiële prikkel is toegestaan.

De rechtbank gebruikte als maatstaf dat het 'niet redelijk' was dat Frans Maas BV bij een dergelijke van buiten komende oorzaak de suppletiereregeling ongewijzigd in stand moest houden.

FNV Bondgenoten stelde beroep in cassatie in en voerde als middel onder andere aan dat de rechtbank met de woorden 'niet redelijk' een onjuiste maatstaf had gehanteerd. Een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel of regeling kan in het algemeen slechts buiten toepassing blijven, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, conform het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW. FNV Bondgenoten verdedigde voorts dat een vergelijkbare maatstaf dient te worden toegepast indien een partij op grond van art. 6:258 BW wijziging of ontbinding van een overeenkomst verlangt wegens onvoorziene omstandigheden. Dan geldt als vereiste dat de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Beide maatstaven veronderstellen een terughoudende opstelling van de rechter. Met de gewone redelijkheidstoets kan niet worden volstaan, zo sloot Bondgenoten het middel af.

De advocaat-generaal meende dat kennelijk door de rechtbank ervan is uitgegaan dat Frans Maas zich met haar beroep op de *imprévision*-regeling van art. 6:258 BW in feite beriep op art. 6:248 BW, omdat Frans Maas zich op het standpunt stelde dat zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aan de door haar gehanteerde contractuele suppletiereregeling kon worden gehouden, zonder, zoals dat voor toepassing van art. 6:258 BW is voorgeschreven, tegelijkertijd een wijziging van de suppletiereregeling door de rechter te vorderen. Dit door de rechtbank op de uitleg van de gedingstukken gebaseerde oordeel is volgens de A-G niet onbegrijpelijk en berust ook niet op een onjuiste rechtsopvatting.

De Hoge Raad overweegt dat in het middel terecht betoogd wordt dat de rechtbank, die het door Frans Maas gedane beroep op art. 6:258 BW kennelijk heeft opgevat als een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij de beantwoording van de vraag of het Frans Maas in verband met inwerkingtreding van de wet TZ was toegestaan de suppletiereregeling eenzijdig te wijzigen. 'Niet redelijk' vormt naar het oordeel van de Hoge Raad een andere maatstaf dan die welke in de meer terughoudende woorden 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' tot uitdrukking is gebracht in art. 6:248 lid 2 (BW).

Zowel de advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense als annotator ARB¹¹⁰ wijzen op het arrest van de Hoge Raad d.d. 25 juni 1999, NJ 1999 602.¹¹¹ In dit arrest gaf de Hoge Raad een oordeel over de verhouding tussen art. 6:248 BW en art. 6:258 BW. De Vereniging voor de effectenhandel (verder ook wel VvE) zegde een noterings-overeenkomst met CSM op, omdat deze laatste zich niet wilde aanpassen aan een nieuw beleid om niet-royeerbare certificaten niet langer toe te laten tot de beursnotering. CSM betwistte de geldigheid van de opzegging en zowel rechtbank als hof oordeelden dat de opzegging rechtskracht ontbeerde. Het hof oordeelde dat een duur-overeenkomst die niet in opzegging voorziet niet op grond van art. 6:248 BW kan worden opgezegd, in het geval als grond daarvoor wordt aangevoerd dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht. Bij pleidooi heeft de VvE gezegd dat zij bewust gekozen heeft voor de grond van art. 6:248 BW en niet voor die van art. 6:258 BW. Het Hof vond dat daarom een bespreking van de *imprévision* achterwege kon blijven.¹¹²

De Hoge Raad is evenwel van mening dat, ook als op de voet van art. 6:258 BW wijziging van een duurovereenkomst kan worden gevorderd, het bestaan van die mogelijkheid er niet aan in de weg staat dat de overeenkomst geldig kan worden opgezegd, ingeval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst in ongewijzigde vorm niet mag worden verwacht. In dat geval is noch toepassing van het eerste lid van art. 6:248 BW noch toepassing van het tweede lid van art. 6:248 BW uitgesloten, doordat de opzeggende partij op grond van dezelfde omstandigheden ook had kunnen kiezen voor vordering tot wijziging van de overeenkomst op de grond van 6:258 BW. Dat betekent dus dat bij het antwoord op de vraag of een overeenkomst geldig is opgezegd (in plaats van, op vordering ex 6:258 BW, gewijzigd) de omstandigheid dat redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de overeenkomst met een bevoegdheid tot opzegging in de gegeven omstandigheden wordt aangevuld, niet uitgesloten is, terwijl daarnaast ook de eventuele on-

110 Ik heb niet kunnen achterhalen wie achter die initialen zit.

111 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (Vereniging voor effectenhandel tegen CSM) (C98/051HR).

112 (HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602) De kop in de NJ zegt dat volgens het hof uitsluitend een verzoek tot wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden zou kunnen worden gedaan, maar dat staat nergens in 's hofs arrest.

aanvaardbaarheid, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en in de gegeven omstandigheden, van een beroep op het ongewijzigd voortduren van het overeengekomene een rol kan spelen.

De advocaat-generaal Hartkamp heeft in zijn conclusie voor dit arrest gepoogd een duidelijke tweedeling aan te brengen in (de discussie over) de verhouding tussen art. 6:258 BW en art. 6:248 BW. Hartkamp onderscheidt de situatie dat een partij bij een duurovereenkomst zich door opzegging van haar verbondenheid wil bevrijden van de (andere) situatie dat een partij, die wordt aangesproken door een tegenpartij tot nakoming van een overeenkomst, zich op art. 6:248 BW beroept, om te betogen dat, als gevolg van een onvoorziene wijziging van omstandigheden, nakoming of ongewijzigde nakoming niet meer van haar kan worden gevergd. In dat laatste geval heeft de wetgever bedoeld dat slechts toepassing van art. 6:258 BW kan leiden tot wijziging van het overeengekomene en dat een beroep op art. 6:248 BW daartoe in beginsel niet toereikend is. Hartkamp wijst op de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepalingen en met name op de parlementaire geschiedenis¹¹³, waar wordt opgemerkt dat de rechter die meent dat door een partij de weg van art. 6:258 BW moet worden gevolgd, het beroep van die partij op art. 6:248 BW zal kunnen afwijzen. Hartkamp merkt voorts op dat het deze passages zijn geweest die in de literatuur hebben geleid tot de opvatting dat art. 6:258 BW als een *lex specialis* ten opzichte van 6:248 BW moet worden beschouwd.

Deze uitweidende beschouwing is van belang voor de volgende stap in de Frans-Maas-saga. Immers, het hof heeft in opdracht van de Hoge Raad de zaak van de suppletierегeling moeten bekijken. In het arrest van 1 april 2003¹¹⁴ oordeelt het hof, onder r.o. 3.2.3, dat Frans Maas impliciet aangeeft dat de suppletierегeling een tussen haar als werkgever en de werknemers geldende regeling was, maar dat deze vanaf 1 januari 1994 buiten toepassing diende te blijven, omdat ongewijzigde instandhouding daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Onder r.o. 3.5.1. komt het hof tot het oordeel dat niet kan worden geconcludeerd dat ongewijzigde

113 P. G., boek 6, p. 974 en Invoering boek 6, p. 1827.

114 Gerechtshof 's Hertogenbosch, (18 juni 2001 en) 1 april 2003, JAR 2003/128.

instandhouding van de oude suppletieregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹¹⁵

De vraag is waar het hof deze nieuwe norm vandaan haalt. Het is een mix van het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW (een regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn) en het bepaalde in art. 6:258 BW (indien ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht). Het gerechtshof in Den Bosch heeft als het ware een nieuwe norm ontwikkeld, maar tegelijkertijd de vraag welke norm van toepassing is op wijziging van arbeidsvoorwaarden, ingewikkelder te beantwoorden gemaakt. Hoogstwaarschijnlijk heeft het hof de norm niet zelf bedacht, maar komt zij voort uit het hierboven besproken arrest van de Vereniging voor de effectenhandel tegen CSM¹¹⁶, waarin de verhouding tussen 6:248 BW en 6:258 BW immers ook aan de orde kwam. In dit arrest komt tot driemaal een samenvatting voor van de uitspraak van het hof, waarvan cassatie is ingesteld. Opmerkelijk is dat in de citaten tenminste eenmaal een fout moet zijn geslopen. De eerste keer wordt een deel van het arrest van het gerechtshof zelf weergegeven en wordt uit dit arrest met name rechtsoverweging 4.4 aangehaald en geciteerd ‘art. 6:248 lid 2 BW houdt in dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

De tweede keer dat dit citaat wordt aangehaald is in het arrest van de Hoge Raad zelf: het citaat in r.o. 3.2.2. is conform dat uit het arrest van het hof.

115 Het Hof wijst het door Frans Maas aangevoerde argument van het gevoerde overleg met COR af. Frans Maas had dit overleg met de COR aangevoerd in het kader van goed-werkgeverschap, en ook in het kader van art. 6:258 BW. (r.o. 3.2.5.) Ook de negatieve financiële prikkel van TZ voor werknemers en het beoogde doel van terugdringing ziekteverzuim (Hof: ook werkgever moet door TZ gestimuleerd worden) evenals vroegtijdige aankondiging van de matregel van wijziging van de suppletieregeling leggen onvoldoende gewicht in de schaal. Uiteindelijk geeft de doorslag dat niet is komen vast te staan dat de kosten van herverzekering niet uit de vrijgekomen premie hadden kunnen worden voldaan. Althans dat de bespaarde premie ZW onvoldoende zou zijn om de premie van de herverzekering te voldoen. En dus een onaanvaardbare stijging van de ziektekosten zou zijn ontstaan.

116 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (VvE-CSM).

Het citaat is voor de derde maal te vinden onder punt 6 van de conclusie van de A-G Hartkamp en daar verschijnt een ietwat andere inhoud: '4.4. Art. 6:248 lid 2 BW houdt in dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.'

Deze laatste verhaspeling in de zin van een mix tussen het bepaalde in art. 6:248 BW en 6:258 BW komt ook, in andere bewoordingen, voor in het vervolgarrest van het gerechtshof in de zaak van Frans Maas. Daar luidde de nieuwe norm dus dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

1.12 Tussenconclusies 1.10 tot en met 1.11

A. De eerste tussenconclusie moet luiden dat de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest inzake Frans Maas¹¹⁷ niet heeft geoordeeld dat een wijziging van de arbeidsvoorwaarden beoordeeld moet worden aan de hand van de toetsteen van de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, als bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW, maar slechts heeft geoordeeld dat 'in redelijkheid' niet hetzelfde is als 'onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid' (ofwel de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW), in het kader van de omstandigheid dat de vordering door de werkgever was ingesteld op grond van art. 6:258 BW.

B. De tweede tussenconclusie moet zijn dat het Bossche gerechtshof vervolgens een eigen norm heeft toegepast die een mix vormt van het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:258 BW, terwijl de vordering nog steeds als ingesteld op grond van het bepaalde in art. 6:258 BW beoordeeld had moeten worden, te weten of de wijziging van de suppletiereregeling bij ziekte geoorloofd was, omdat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mocht worden verwacht.

C. De derde tussenconclusie moet luiden dat het hof niet zomaar de zware norm van de onaanvaardbaarheid ex art. 6:248 lid 2 BW had mogen gebruiken naast de (minder zware) norm van de niet langer te

117 HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 en JAR 2000/85.

verwachten ongewijzigde instandhouding in de situatie waar het niet gaat om een opzegging, maar om een echte wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Gewezen wordt op de parlementaire geschiedenis van boek 6¹¹⁸, alwaar wordt opgemerkt dat de *imprévision* de buitengrens van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid vormt. En niet dus de buitengrens van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.¹¹⁹

Het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW over de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid is onderdeel geworden van een trits van maatstaven die gebruikt worden bij de beoordeling van eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden. De trits is, in aflopende mate van zwaarte, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW en het goed-werknemerschap ingevolge art. 7:611 BW. Voor de onderbouwing van de rol van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de genoemde trits, is in de literatuur allereerst gewezen op de bijdrage van de regering in de memorie van toelichting op het wetsontwerp dat onder andere art. 7:613 BW introduceerde. Hierboven, in paragraaf 1.5, is vermeld dat de regering deze zienswijze éénmaal heeft ontvouwd, en er daarna nooit meer op is teruggekomen en haar nimmer heeft herhaald of er anderszins naar heeft verwezen. In de verdere parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van art. 7:613 BW is alleen nog maar gewezen op de norm van het zwaarwichtig belang van de werkgever, waarvoor het belang van de werknemer dat zou worden geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Vervolgens is voor de plaatsbepaling van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in de trits ook een beroep gedaan op

118 Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 974 en Invoeringswet boek 6, p. 1827.

119 Frans Maas heeft nog een laatste HR-arrest opgeleverd (JAR 2005/51).

De nasleep betrof de vraag of het dictum van het Hof niet te ver ging omdat de formulering ervan Frans Maas ook dwong 100% ziekengeld door te betalen aan werknemers die na 1 januari 1994 (toen het allemaal begon) in dienst waren gekomen.

De Hoge Raad haalt een arrest uit 1998 aan waarin uitgelegd is hoe de uitleg van een dictum moet plaatsvinden. Dat gaat zo: men neme de overwegingen die tot de beslissing hebben geleid en men bezie de uitleg in het licht en met inachtneming ervan (HR 23 januari 1998, NJ 2000, 544.) Duidelijk is dan de uitspraak van het Hof alleen betrekking heeft op de werkers van voor 1-1-1994. (van wier arbeidsovereenkomst de ziektesuppletiereregeling immers deel is gaan uitmaken, maar dat geldt niet voor de daarna in dienst getreden werknemers)

het arrest Frans Maas. Ten onrechte, nu de Hoge Raad niet beslist heeft dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol speelt bij de beoordeling van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, maar slechts een opmerking heeft gemaakt over de betekenis van het begrip 'redelijk' tegenover het begrip 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'. In het arrest Frans Maas is dus niet door de Hoge Raad een oordeel gegeven over de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid als onderdeel van (of in het raam van) een onderling uitwisselbare trits toetsstenen ter zake van eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden.

Ook een beroep op het arrest Parallel Entry gaat in dit verband van de functie van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid niet op (zie p. 56).

De conclusie moet derhalve luiden dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet één van de drie toetsen is die, tezamen met het zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW en het goed werknemerschap ex art. 7:611 BW onderling uitwisselbaar is, maar dat art. 6:248 lid 2 BW de nog altijd zware toetssteen van onaanvaardbaarheid kent, in de zin van onbetamelijkheid. Deze zware toets dient door de rechter te worden aangelegd, indien een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbreekt. Daarvoor is de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ook geschreven. Het zwaarwichtig of zwaarwegende belang, dat naar de bedoeling van de werkgever alleen wordt gebruikt als er tussen werkgever en werknemer een eenzijdige-wijzigingsbeding is afgesproken, dient geen rol te spelen wanneer er geen eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen. Het goed-werknemerschap komt al helemaal niet aan de orde en is, geplaatst tegenover de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, hooguit een variant op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, overigens altijd tezamen met het goed-werkgeverschap. Dit onafscheidelijk duo van goed-werkgeverschap en goed-werknemerschap dient nog altijd gezamenlijk de tandem te berijden.

1.13 Zwaarwichtig belang

Nadat in de voorgaande hoofdstukken de positie van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid belicht is, dient thans de norm van de zwaarwichtige belangen ingevolge art. 7:613 BW alsmede de onvoorziene omstandigheden ofwel *imprévision* ingevolge

art. 6:258 BW en goed-werkgeverschap en goed-werknemerschap aan de orde komen. Allereerst zal nu nader ingegaan worden op de zwaarwichtige belangen als bedoeld in art. 7: 613 BW. Dat zijn dus de zwaarwichtige belangen die de werkgever moet aanvoeren en waarvoor het belang van de werknemer, dat door de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden zou worden geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Wanneer heeft de werkgever in beginsel zulke zwaarwichtige belangen?

1.13.1 Verhouding CAO tot ondernemingsovereenkomst (I)

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de aanwezigheid van een CAO, die een aan de CAO gebonden werkgever moet toepassen op een niet aan de CAO gebonden werknemer (een zogenoemde art. 14-werknemer) al het begin van invulling van het zwaarwichtig belang ingevolge art. 7:613 BW betekent. In iets mindere mate dan een CAO geeft een afspraak tussen ondernemer en ondernemingsraad een begin van invulling van de toets van het zwaarwichtig belang. Volgens de regering ligt immers in de maatstaf van redelijkheid en billijkheid besloten dat aan het gegeven dat de arbeidsvoorwaardenregeling voortvloeit uit een CAO een bijzondere betekenis toekomt.¹²⁰

Vervolgens is er naast de CAO, die rechtsgeldig in werking is getreden, nog de niet in werking getreden CAO die als een derdenbeding kan worden gekwalificeerd. Volgens het gerechtshof in Arnhem¹²¹ is niet elke collectieve afspraak tussen werkgever en vakbonden een CAO. De reden dat het gerechtshof in Arnhem meent dat er geen sprake is van een CAO is gelegen in omstandigheid dat de overeenkomst niet als zodanig was gemeld conform art. 4 van de Wet op de Loonvorming.¹²² Het hof noemt de melding een constitutief vereiste voor de rechtsgeldige sluiting en inwerkingtreding van een CAO. Er kan evenwel, in plaats van de sluiting van een officiële, rechtsgeldige, CAO ook sprake zijn van een derdenbeding. De aard van dit derdenbeding brengt met zich dat de collectieve regelingen niettemin deel zijn gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst.

120 Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 615, nr 3, p. 23.

121 Gerechtshof Arnhem, 1 november 2005, JAR 2005/284 (FNV Bondgenoten-Campina).

122 Zie ook HR 13 april 2001, JAR 2001/82 (Duzgun/Abilis Tesco).

En de vierde variant in zwaarte is dat de werkgever wel een eenzijdige-wijzigingsbeding met de werknemer heeft gesloten, maar dat er, voorafgaand aan de voorgestelde wijziging van arbeidsvoorwaarden, noch een CAO noch een afspraak met een ondernemingsraad noch een derdenbeding ligt. In al deze vier gevallen moet de norm van het zwaarwichtig belang worden toegepast, waartegenover het belang van de werknemer, dat zou worden geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Kan voor het onderscheid tussen een eenzijdige wijziging, die wordt voorgesteld ten gevolge van een afgesloten CAO, dan wel waaraan een afspraak met de ondernemingsraad ten grondslag ligt dan wel geen van beiden, ook een duidelijk hanteerbaar verschil in de toepassing van het zwaarwichtige belang worden vastgesteld? Ik memoreer nog even kort de bevoegdheid van de OR afspraken met de ondernemer te maken en de plaats van deze afspraken ten opzichte van de CAO-afspraken met vakbonden.

1.13.2 Afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer

Bij de Wet tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en titel 17 van het nieuw Burgerlijk Wetboek, waarbij het arbeidsreglement werd afgeschaft en art. 7:613 BW werd ingevoerd¹²³, is ook een groot aantal wijzigingen in de WOR doorgevoerd. Een daarvan betrof de wijziging van art. 32 WOR. Het voorstel van de regering luidde om het tweede lid van art. 32 als volgt te redigeren: 'Bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en ondernemingsraad kunnen aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden dan de in deze wet genoemde worden toegekend en kunnen aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde worden gegeven. De ondernemer zendt een afschrift van de overeenkomst aan de bedrijfscommissie.'¹²⁴ Tegelijkertijd werd een nieuw vierde lid ingevoerd dat luidt dat, indien in de overeenkomst aan de ondernemingsraad een recht op advies of instemming wordt gegeven over andere voorgenomen besluiten dan genoemd in art. 25 onderscheidenlijk 27, de art. 26 onderscheidenlijk 27 vierde tot en met zesde lid van overeenkomstige toepassing zijn. De toelichting op deze wijziging luidde dat overeenkomsten tussen ondernemingsraden en ondernemers van grote betekenis zijn voor de effectiviteit van

123 Wet van 4 maart 1998 (oorspr. w.o. 24 615), deels opgenomen in art. 7:613 BW.

124 Voorstel van wet, TK 1995-1996, 24 615 nrs. 1 en 2, p. 7 en 8.

medezeggenschap en dat het huidige wettelijke kader, zoals ingevuld in de jurisprudentie, onvoldoende aansluit bij de praktijk. Daarom achtte de regering het gewenst om op eenvoudige en duidelijke wijze het wettelijk raamwerk over overeenkomsten tussen ondernemingsraad en ondernemer te actualiseren en daarmee een flexibele vormgeving van de medezeggenschap te faciliteren. De regering benadrukte dat afspraken niet af kunnen doen aan de basisrechten en bevoegdheden van de ondernemingsraad, maar strekken tot invulling en aanvulling daarvan, toegespitst op bedrijfsomstandigheden. De overeenkomsten zijn aanvullend, hetgeen wil zeggen dat afwijkingen van de basisvoorzieningen beneden wettelijk niveau niet mogelijk zijn. Verder merkt de regering op, wijzend op de zogenoemde Betriebsvereinbarung (de ondernemingsovereenkomst naar Duits model), dat 'in de Nederlandse praktijk kleine stappen naar het Duitse model toe worden gezet'. 'In het thans voorliggende wetsvoorstel worden deze stappen gevolgd'. Ook in Nederland is immers sprake van overeenkomsten tussen ondernemingsraad en ondernemer die mede arbeidsvoorwaarden betreffen. Voor dergelijke afspraken wordt het wetsvoorstel een wettelijke basis gecreëerd in art. I onderdeel Q.

De looptijd van deze (schriftelijke¹²⁵) afspraken is onbepaald, tenzij anders is overeengekomen. Dat betekent dat ook een nieuwe ondernemingsraad en een nieuwe bestuurder in beginsel aan de afspraken gebonden zijn. Meer in het algemeen, zo zegt de regering, worden deze overeenkomsten beheerst door redelijkheid en billijkheid hetgeen onder andere met zich brengt dat zij bij belangrijke wijzigingen van de omstandigheden niet zonder meer binden.¹²⁶

Onder welke omstandigheden kan een convenant dan worden gewijzigd?

In zijn arrest d.d. 3 november 2006 heeft het gerechtshof in Den Haag¹²⁷ een rechtsoverweging ten overvloede gegeven door, niet expliciet reagerend op een grief, op te merken dat, indien er zwaarwichtige redenen zijn die nopen tot aanpassing van het convenant, de gemeente (Leiden) daarover overleg met de ondernemingsraad moet voeren. In dat overleg zullen partijen zich redelijk jegens elkaar moeten opstellen. Alleen indien de ondernemingsraad zich tegenover

125 Schriftelijk betekent dat de afspraken ook in de (goedgekeurde) notulen van een OV kunnen worden vastgelegd (TK 1996-1997, 24 615 nr. 9, p. 33).

126 Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 615 nr 3, p. 44 (memorie van toelichting).

127 Gerechtshof 's Gravenhage, 3 november 2006, JAR 2007/32 en ROR 2007, 7.

onredelijke voorstellen tot aanpassing van het convenant onredelijk opstelt, zal de gemeente het convenant met inachtneming van een redelijke termijn geheel of gedeeltelijk kunnen opzeggen.

Wat opvalt is dat niet de maatstaf van belangrijke wijzigingen van omstandigheden zoals bedoeld in de (Tweede) Kamerstukken, wordt gebezigd, maar van zwaarwichtige redenen, terwijl in de herhaling van het woord redelijk en onredelijk ('zich redelijk jegens elkaar opstellen', 'redelijke voorstellen' en 'zich onredelijk opstelt') de bevoordelingen van het Taxi Hofman-arrest herkenbaar zijn en weer meer de normen van goed-werknemerschap tot uiting komen. Het komt mij voor dat met name de Taxi Hofman-norm niet thuishoort in het overleg tussen OR en ondernemer. Zelfs als er al een met goed-werkgeverschap en goed-werkgeverschap vergelijkbare norm van goed-ondernemerschap en 'goed-ondernemingsraadschap' zou bestaan, dan nog is op het niveau van de ondernemingsovereenkomst veel meer sprake van een onderhandelings situatie, waarop, bij wijze van hardop denken, steviger maatregelen als staking en uitsluiting de verhoudingen bepalen dan aanvullende redelijkheids- en billijkheidsnormen.

1.13.3 *Bemoeienis ondernemingsraad met primaire arbeidsvoorwaarden*

Het wegvallen van het arbeidsreglement en dus ook van het instemmingsrecht van de ondernemingsraad op een arbeidsreglement¹²⁸ betekent nog niet dat de ondernemingsraad thans geen bemoeienis meer heeft met arbeidsvoorwaarden. Uitgangspunt is evenwel dat de ondernemingsraad in beginsel geen op het instemmingsrecht geschoeide bemoeienis heeft met primaire arbeidsvoorwaarden.¹²⁹ Wel is er 1. de zijdelingse invloed, zoals de in art. 28 neergelegd bemoeienis met de CAO en 2. het consultatierecht, waarvan de ministers schreven dat het zag op met de ondernemingsraad in het kader van collectief overleg over de betreffende regeling gevoerde consultatie¹³⁰, en 3. de met de ondernemer in de vorm van een ondernemingsovereenkomst afgesproken invloed over arbeidsvoorwaarden,

128 alsmede de mislukte pogingen de ondernemingsraad een instemmingsrecht te geven bij arbeidsvoorwaarden; zie amendement Middel 24 615 TK 1996-1997, nr. 24.

129 HR 11 februari 2000, NJ 2000, 274 en JAR 2000/86.

130 TK 1996-1997, 24 615 nr. 9 p. 32, ter gelegenheid van het prompt daarna ingetrokken tweede lid van art. 7:613.

met inachtneming van hetgeen in art. 32 lid 4 is bepaald omtrent de toepasselijkheid van art. 27 lid 4 tot en met 6 WOR.

De ondernemingsraad moet wijken indien arbeidsvoorwaarden inhoudelijk in een CAO zijn geregeld. 'Het primaat van de CAO blijft bestaan'¹³¹. Dat wil niet zeggen dat niet regelmatig de afbakening van het instemmingsrecht aan orde is¹³².

Zoals in de kwestie met betrekking tot de instemmingsplichtigheid van een bonusregeling bij ASML. De regeling betrof een bonusregeling voor het management in bepaalde loonschalen (92 tot en met 94). Zij was niet in een CAO geregeld. In het plan kwam onder andere de hoogte van de bonus aan de orde. De ondernemingsraad stelde zich op het standpunt dat (de wijziging van) het bonusplan zijn instemming behoeft op grond van art. 27 lid 1 onder c WOR. De ondernemer daarentegen meende dat een plan tot wijziging van een bonusregeling (dat voorzag in wijzigingen van de hoogte en de berekeningsmethodiek van het bestaande plan) niet genoemd wordt in art. 27 lid 1 van de WOR en bovendien een primaire arbeidsvoorwaarde betreft.

De kantonrechter verklaarde het bonusplan nietig op grond van het bepaalde in art. 27 lid 5 WOR. In hoger beroep oordeelde het Bossche hof¹³³ dat, voor het antwoord op de vraag of de wijziging van een regeling instemmingsplichtig is, niet bepalend is de naam die door de ondernemer aan de regeling of een bepaald type besluit wordt gegeven, maar de intrinsieke inhoud van het besluit. De opsomming van de besluiten in art. 27 WOR zijn weliswaar limitatief, maar doel en strekking van een besluit zijn bepalend voor de vraag of ze onder de werking van art. 27 vallen (zie HR 20 december 2002, JAR 2003/18, Holland Casino). Verder erkent het hof dat de aanspraak op een bonus en de maximale hoogte ervan elk afzonderlijk, maar ook tezamen, direct betrekking hebben op de hoogte van de uiteindelijke beloning, waardoor ze (beide) moeten worden aangemerkt als een primaire arbeidsvoorwaarde. Maar naar het oordeel van het hof geldt dat niet voor de wijze waarop het beoordelingssysteem voor het bepalen van de uiteindelijke bonus ingericht is, omdat in dat systeem niet het

131 Ministers Melkert (SZW), Sorgdrager (Justitie) en Wijers (EZ) in TK 1996-1997, 24 615, nr. 9, p. 34 (nota n.a.v. het verslag).

132 Zie voor een mooi overzicht ook L.G. Verburg, Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven (diss.), 2007, p. 238-245.

133 Gerechtshof 's Hertogenbosch 6 juni 2006, JAR 2007/34.

recht op een bonus is neergelegd en evenmin de hoogte ervan, maar slechts de daarbij in acht te nemen en afzonderlijk te wegen factoren worden benoemd en de procentuele waarde die ze in de totale mix vertegenwoordigen. Daarop is het instemmingsrecht wel van toepassing, op grond van art. 27 lid 1 onder c WOR.

De vraag is of de omstandigheid dat de OR geen instemmingsrecht heeft op primaire arbeidsvoorwaarden, maar wel, al dan niet op onverplicht gedane aanvraag van de ondernemer, instemming aan een voorgestelde wijziging heeft gegeven, verschil uitmaakt voor de inhoud van het zwaarwichtig belang, waarop de werkgever, bij de aanwezigheid van een eenzijdige wijzigingsbeding, een beroep moet doen teneinde de wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten opzichte van de individuele werknemers door te voeren. Ik denk dat de werknemer met de stelling dat de OR geen instemmingsrecht heeft wel iets kan bereiken, zowel om het zwaarwichtig belang te relativeren als ter versterking van de eigen positie (het eigen belang van de werknemer dat immers dient te worden geschaad en ook zou worden geschaad en dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken). Met zo'n standpunt stelt de werknemer immers de legitimiteit van het optreden van de ondernemingsraad aan de orde. Deze heeft in de wet¹³⁴ geregelde bevoegdheden, zoals het adviesrecht, het instemmingsrecht, het informatierecht en het initiatiefrecht. Het algemene consultatierecht, zoals de Hoge Raad dat geïntroduceerd heeft in de IBM-zaak¹³⁵, is een zwakker recht. De op grond van het formele instemmingsrecht verkregen instemming is een betere troef voor de werkgever dan het na consultatie verkregen consent van de OR.

Een tweede vraag luidt of de felheid van het verzet van de ondernemingsraad tegen een wijziging van een regeling van invloed is op de weging door de rechter van het zwaarwichtig belang. Met name doet zich deze kwestie voor, wanneer de ondernemingsraad zijn instemming aan een verslechtering van primaire arbeidsvoorwaarden heeft onthouden, terwijl de werkgever niet met vakbonden heeft willen onderhandelen over de (wijziging van) primaire arbeidsvoorwaarden. De omstandigheid dat de ondernemingsraad geen gebruik heeft kunnen maken van de mogelijkheden in art. 27 jo. 36 WOR zou voor de

134 Niet alleen de WOR, maar ook Arbeidstijdenwet, de WAA, Arbeidsomstandighedenwet en BW.

135 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335.

weging van het zwaarwichtig belang niet uit mogen maken. Het gaat om de inhoud van de argumenten van de ondernemingsraad. Deze vormen de maatstaf voor de onderbouwing van de weigering instemming te geven, zowel in het kader van het instemmingsrecht ex art. 27 WOR als op grond van het consultatierecht (of informele instemmingsrecht) bij niet-instemmingsrechtelijke kwesties. In mindere mate behoort de felheid in het benutten van de mogelijkheden om wel of niet gebruik te maken van een bepaalde procedure, zoals het inroepen van de nietigheid en de op de ondernemer uitgeoefende drang om vervangende instemming te vragen¹³⁶, invloedrijk te zijn.

1.13.4 *Verhouding CAO tot ondernemingsovereenkomst (II)*

Een, al naargelang sprake is van een CAO of een ondernemingsovereenkomst, duidelijk en aantoonbaar verschil in de toepassing van het zwaarwichtige belang is moeilijk aan te geven. De wetgever ziet tussen een afspraak met vakbonden en een convenant met de ondernemingsraad een gradueel verschil in belangrijkheid en zwaarte. Voorstelbaar is overigens dat de CAO gesloten is met slechts één kleine vakbond en dat grote vakbonden buiten spel zijn gezet, zodat bij de legitimiteit van de CAO, hoewel rechtsgeldig tot stand gekomen, en de representativiteit van de werknemersvertegenwoordiging vraagtekens kunnen worden gezet. De gerezen twijfel zou kunnen en wellicht zelfs moeten doorwerken in het zwaarwichtige belang en met name het te beschermen belang van die werknemers, die niet aan de CAO gebonden zijn, maar wel lid zijn van een grote vakbond. Deze blijft weg van de onderhandelingstafel vanwege te verwachten verslechtingen van de arbeidsvoorwaarden (of wordt door werkgever(s) en andere vakbonden van de CAO-onderhandelingen uitgesloten).

Daar kan, in het spectrum van verschillende omstandigheden, tegenover staan een ondernemingsovereenkomst met de ondernemingsraad, die de achterban heeft geraadpleegd en omstandig kennis heeft genomen van verschillende standpunten van alle werknemers en daarna met de ondernemer over een wijziging van (een regeling van) secundaire arbeidsvoorwaarden tot overeenstemming is gekomen. Indien een enkele werknemer zich dan nog verzet, zal, zoals in het

136 Zie ook W.A. Zondag, Wikken en wegen bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak, ArA 2006/3, p. 45.

tweede deel van dit boekje zal blijken, ook waarde gehecht kunnen worden aan de omstandigheid dat met de OR overeenstemming is bereikt.

Wat is de waarde van de door de werkgever met vrijwel alle werknemers zelf bereikte consensus in het geval een enkele werknemer zich nog verzet? Voorzichtigheid zal moeten worden betracht met een werkgever die zelf poogt met alle werknemers tot overeenstemming te komen en die alleen al in de formele sfeer van de aankondiging van onderwerpen en de wijze waarop deze op de vergadering zullen worden besproken, belangrijke vormfouten maakt, zoals een aankondiging met een te korte termijn, waardoor beraad en raadpleging onvoldoende tot de mogelijkheden behoort, alsmede een onvoldoende duidelijke en toegelichte agenda, zodat van overvaltechnieken kan worden gesproken.

De ene werknemer tegenover alle andere werknemers speelt een rol zoals in hoofdstuk 2 blijkt.

1.14 Imprévision (onvoorziene omstandigheden)

1.14.1 *Verhouding imprévision en art. 7:685 BW*

In de verhouding tussen het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW (als er een eenzijdige-wijzigingsbeding is gesloten) en de beperkende redelijkheid en billijkheid, die dient te worden toegepast, indien er geen eenzijdige-wijzigingsbeding tussen werkgever en werknemer is gesloten, vormt de imprévision van art. 6:258 BW een lastige maatstaf. In art. 6:258 BW staat dat een overeenkomst kan worden ontbonden of gewijzigd, indien ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht. Hierboven in de bespreking van het Frans Maas-arrest is de verhouding tussen art. 6:258 BW en art. 6:248 lid 2 BW al aan orde gekomen, maar de imprévision vormt ook nog een probleem in de verhouding tot een andere in het arbeidsrecht voorkomende norm, te weten dat een arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden en derhalve geëindigd vanwege veranderingen in de omstandigheden die billijkheidshalve spoedig tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden. Hoe valt de tamelijk milde norm van wijzigingen in de omstandigheden ingevolge art. 7:685 BW te rijmen met de ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid uit 6:258 BW? Is die laatste dan zo'n zwakke norm?

De hieronder staande omstandige behandeling van de HR-beschikking Sijthof-Ouwerkerk is mijns inziens nodig om tot de conclusie te kunnen komen dat de maatstaf van de onvoorziene omstandigheden, te weten dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht (art. 6:258 BW), niet op gelijke hoogte staat als gewichtige redenen in de vorm van veranderingen in de omstandigheden die billijkheidshalve spoedig tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden (art. 7:685 BW). Zou dat namelijk wel het geval zijn, dan zou moeilijk uit te leggen zijn waar de toetssteen van art. 7:613 BW en het zwaarwichtig belang dan nog moet worden geplaatst. Bovendien zou de gedachte aantrekkelijk worden een met een werknemer gerezen probleem over een wijziging van arbeidsvoorwaarde(n) (die de werknemer weigert te accepteren) op te lossen door het bepaalde in art. 7:613 BW te passeren en direct tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan.

De beschikking Sijthoff-Ouwerkerk d.d. 8 november 1996 (JAR 1996/249 en NJ 1997, 217) betreft de vraag naar de analogische toepassing van art. 1639w (thans 7:685) BW op de arbeidsverhouding ingevolge art. 1 en 6 BBA, die geen arbeidsovereenkomst in de zin van het BW is.

In het cassatiemiddel had de advocaat van de werkgever nog opgemerkt (naast de opmerking dat regels van het algemene verbintenissenrecht en met name art. 6:265 BW geen oplossing bieden omdat er geen toerekenbare tekortkoming is) geen heil te zien in de toepassing van de *imprévision*. De uitzondering voor onvoorziene omstandigheden is er een – zo werd aangevoerd – die in redelijkheid in gevallen als dit niet behoort te worden toegepast en in ieder geval normaliter geen uitkomst kan bieden.

De Hoge Raad overweegt dat deze laatste, door de advocaat van de werkgever niet nader toegelichte, stelling niet als juist kan worden aanvaard. Niet valt in te zien waarom het bepaalde in de art. 6:258 en 6:260 BW in een geval als het onderhavige in redelijkheid niet behoort te worden toegepast en geen uitkomst zou kunnen bieden. Integendeel, nu een overeenkomst als de onderhavige naar haar aard voor opzegging vatbaar is, brengt de omstandigheid dat voor zulk een opstelling van overheidswege toestemming is vereist en dat weigering daarvan niet vatbaar is voor rechterlijke toetsing, mee dat de werkgever (in de zin van het BBA) de vraag of sprake is van onvoorziene omstandigheden van dien aard dat de werknemer (in de zin van het BBA) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, op

de voet van voormelde bepalingen moet kunnen voorleggen aan de rechter die bij bevestigende beantwoording de overeenkomst moet kunnen ontbinden. Er is geen reden waarom de rechter bij de beantwoording van deze vraag grotere terughoudendheid in acht zou moeten nemen dan bij het in het kader van art. 1639w beoordelen of sprake is van 'verandering in de omstandigheden welke van dien aard zijn dat de dienstbetrekking billijkheidshalve (...) behoort te eindigen'. Daarbij verdient nog opmerking dat de weg van art. 6:258 BW voor de werkgever niet alleen openstaat ingeval een toestemming voor opzegging is geweigerd maar ook ingeval hij er de voorkeur aan geeft die toestemming niet te vragen en zich onmiddellijk tot de rechter te wenden. Aan de door het middel bepleite analogische toepassing van art. 1639w BW bestaat mitsdien geen behoefte.

A-G Koopmans wijst juist wel op art. 6:258 BW, maar zegt over de zwaarte ervan niet veel meer dan dat art. 6:258 BW ook toepasbaar is, als opzegging is uitgesloten. En verder verwijst de A-G erop dat het merkwaardig is dat de werkgever zelf zich in haar inleidende verzoekschrift heeft beroepen op een wijziging van de omstandigheden van dien aard dat de met Ouwkerk bestaande freelance arbeidsverhouding niet kan worden voortgezet. Het ziet er daarom naar uit dat Sijthoff niet met een leemte in de rechtsbescherming wordt geconfronteerd, zo concludeert de A-G, maar de verkeerde procedure heeft gekozen.

Verder wijst A-G Koopmans erop dat een analogische toepassing van art. 1639w BW of, anders gezegd, van een ontbindingsmogelijkheid op grond van gewichtige redenen, door de wetgever bewust niet is opgenomen in de bepalingen over de opdrachtovereenkomst. Oorspronkelijk was aanbevolen een bijzondere beëindigingvoorziening voor de opdrachtovereenkomst mogelijk te maken, in het voetspoor van wat voor de arbeidsovereenkomst werd bepaald over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanwege gewichtige redenen. In het ontwerp van de regering is deze gedachte evenwel losgelaten, mede omdat in de literatuur bezwaar is gemaakt tegen het aanhaken aan de arbeidsovereenkomst, nu de opdracht daarvan op belangrijke punten verschilt. Daarom zou besloten zijn de band met het arbeidsovereenkomst aanzienlijk lossier te maken, zoniet goeddeels te staken. Alleen bij de agentuurovereenkomst (als bijzondere opdrachtovereenkomst) is nog aansluiting gezocht bij de regeling van de arbeidsovereenkomst. In feite is dit terug te voeren op de omstandigheid dat de oude bepalingen over de agentuurovereenkomst in het Wetboek van Koophandel vrijwel ongewijzigd zijn overgenomen.

Hammerstein en Vranken¹³⁷ ontwaren in de beschikking van de Hoge Raad mogelijkheden voor de meer algemene vraag of ook ten aanzien van opzegging geen behoefte bestaat aan aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden. Wat betekent dit arrest – zo stellen zij zich de vraag – voor de verhouding van de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden van art. 6:258 BW en de opzegging van onbenoemde overeenkomsten wegens gewijzigde omstandigheden? Kan de wederpartij de opzegging voorkomen of herstellen door de rechter te verzoeken om, in plaats van de opzegging geldig te verklaren, de overeenkomst aan te passen en te wijzigen, dan wel door zelf daartoe voorstellen te doen. Vranken en Hammerstein gaan daarbij uit van het door hen ontworpen standpunt dat art. 6:258 BW ten onrechte rechterlijk ingrijpen vereist. Zij stellen dat Sijthoff/Ouwerkerk de mogelijkheid geeft tot nog verdere veralgemenisering. Waarom zouden aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden in beginsel niet ook altijd bij opzegging toelaatbaar zijn? Natuurlijk moeten contractspartijen op een zeker ogenblik van elkaar af kunnen, maar er zijn ook gevallen waarin partijen dit niet per se wensen. Het enige dat ze willen is dat de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden wordt voortgezet. Waarom dan – zo luidt hun laatste vraag bij dit thema – daartoe niet de bevoegdheid geopend op dezelfde wijze als bij vernietiging en bij onvoorziene omstandigheden?

Terug nu naar de HR-beschikking inzake Sijthof/Ouwerkerk. Voornamelijk gelet op de bijdrage van de A-G en zijn analyse van de parlementaire geschiedenis bij de opdrachtovereenkomst, komt het mij voor dat de Hoge Raad een procesrechtelijke leemte vulde. De Raad moest een list verzinnen, omdat een analogische toepassing weliswaar voor de hand lag, maar niet gewenst was op grond van de verlangens van het parlement. De ontbinding van de overeenkomst wegens gewichtige redenen is niet alleen bekend in de aan de arbeidsovereenkomst gewijde titel 10 van boek 7 van het BW en in de agentuurovereenkomst, maar wordt ook gekend bij de maatschap (7A:1684 BW). Analogie aan de hand van andere vormen van de verrijking van arbeid (zoals agentuur en maatschap) was derhalve zeker mogelijk, alleen al door op de agentuurovereenkomst te wijzen, zonder daar de opmerking aan toe te voegen dat deze geruisloos overge-

137 A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, een horizontale vergelijking*, Monografieën nieuw BW, A10, tweede druk Kluwer Deventer 2003, p. 58.

bracht is vanuit het Wetboek van Koophandel naar het BW. Diezelfde geruisloosheid van de overbrenging zou ook een argument hebben kunnen vormen om een analogie met de opdrachtovereenkomst juist wel aan te nemen.

De uitwijking naar de *imprévision* moet derhalve mijns inziens als een noodgreep worden beschouwd en daarom ook moet de rechtsvormende kracht ervan mijns inziens met een korrel zout worden genomen. Indien deze uitspraak van de Hoge Raad namelijk echt *au sérieux* zou worden genomen (en inmiddels ook in de loop van meer dan 10 jaar als ernst zou zijn genomen), dan zouden de gevolgen daarvan tamelijk verstrekkend (hebben) kunnen zijn voor de praktijk van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen. Bedacht dient immers te worden dat de *imprévision* nog immer wordt beschouwd als een *lex specialis*¹³⁸ van het bepaalde in art. 6:248 BW, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid waarin, naast de aanvullende redelijkheid en billijkheid, het buiten toepassing laten van een regel een uitzonderlijke maatregel is, gekoppeld aan het begrip onaanvaardbaarheid. Zowel bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als de *imprévision*, in de zin dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer mag worden verwacht, dient de rechter terughoudendheid te betrachten. Indien deze terughoudendheid tezamen met de, dicht tegen art. 6:248 lid 2 BW aanleunende, in art. 658 BW gebezigde redelijkheid en billijkheid daadwerkelijk ook benut zou worden bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen, zoals bedoeld in art. 7:685 BW, dan zou waarschijnlijk het criterium van de veranderingen in de omstandigheden die billijkheidshalve spoedig of op korte termijn tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden, veel zwaarder zijn ingevuld. Goed denkbaar is immers dat door de (kanton)rechter bij vaak gebruikte vormen van veranderingen in de omstandigheden als de bedrijfseconomisch omstandigheden, veel kritischer zou zijn gekeken naar de bedrijfseconomische gegevens (die noopten tot ontslag) en meer nadruk zou zijn gelegd op de verkrijging van andere passende arbeid. Datzelfde geldt voor het uitproberen van een andere functie bij aangevoerde ongeschiktheid voor de functie. Bij onverenigbaarheid van karakters of een versto-

138 Zie evenwel P. Abas in WPNR 6397 (jaar 2000) p. 249-251 en naschrift 396-397 en de al aangehaalde opmerkingen van de A-G Hartkamp voor HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602.

ring van de relatie zou door rechters waarschijnlijk een voorafgaande poging tot mediation zijn verlangd. Er zouden waarschijnlijk ook veel meer afwijzingen van ontbindingsverzoeken zijn gevolgd. Van dat alles is de laatste 10 jaar niet gebleken. Een verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat de beschikking van de Hoge Raad niet opgemerkt is¹³⁹ en niet de aandacht heeft verkregen die nodig zou zijn, maar denkbaar is ook dat de betekenis stilzwijgend in de praktijk is verwerkt. Immers de ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden als bedoeld in art. 6:258 BW kan worden uitgesproken onder door de rechter te stellen voorwaarden (art. 6:260 lid 1 BW). In art. 7:685 BW is de bevoegdheid van de rechter om een vergoeding toe te kennen geregeld. Ongeveer in dezelfde tijd als toen de beschikking Sijthoff/Ouwerkerk werd gewezen kwam de Kring van kantonrechters met de bekende kantonrechtersformule naar buiten en wellicht is de toen min of meer geüniformeerde vaststelling van de hoogte van de vergoeding¹⁴⁰ een compensatie geweest voor de mogelijke verzwaaring van de toepassing van de in art. 7:685 BW neergelegde veranderingen in de omstandigheden die billijkheidshalve spoedig of op korte termijn tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden.

Verdedigd is voorts nog dat art. 6:258 BW gebruikt kan worden naast art. 7:611 BW. Zondag¹⁴¹ meent dat, voor de afbakening van de werkingssfeer van art. 611 BW en art. 6:258 BW, van onderscheidend belang is of de beoogde wijziging een definitief of een tijdelijk karakter heeft en dat art. 7:611 BW bedoeld is voor een tijdelijke wijziging. Hij neemt als uitgangspunt dat art. 7:611 BW in beginsel dezelfde inhoud heeft als art. 6:248 BW en dat de *imprévision* van art. 6:258 BW volgens de wetgever de buitengrens van art. 6:248 BW zou bepalen voor die gevallen die te gecompliceerd zijn om anders dan bij een constitutief vonnis in de verhouding van partij in te grijpen. Zondag haalt dan voorts nog het arrest aan van VvE/CSM¹⁴²

139 Zie evenwel S.F.H. Jellinghaus (Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na fusie of overgang, Kluwer, Deventer, 2003, p. 226 en 227), die haar omstandig behandelt.

140 Een van de opmerkelijkste gevolgen van de introductie van de kantonrechtersformule is geweest dat werknemers het bijna als een recht zagen een vergoeding te krijgen bij ontslag. Achteraf dus geen gekke gedachte?

141 W.A. Zondag, Wijziging van arbeidsvoorwaarden, Sociaal Recht 2000-2, p. 46.

142 HR 25 juni 1999, RvdW 1999,109 en NJ 1999, 602.

waarin volgens hem door de Hoge Raad de opvatting is verworpen dat art. 6:258 BW als een *lex specialis* van 6:248 BW moet worden beschouwd.

Zoals hierboven (p. 60 en 64) over het arrest VvE/CSM al is geschreven, heeft de Hoge Raad niet geoordeeld dat de *imprévision* geen *lex specialis* van art. 6:248 BW is, maar dat de toepassing van de norm van art. 6:258 BW niet alleen door middel van een vordering tot wijziging van een overeenkomst behoeft plaats te vinden. Datzelfde resultaat kan immers ook worden bereikt door de overeenkomst op te zeggen en vervolgens (in een andere procedure dan die vordering tot wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden) de toepassing van lid 1 en/of lid 2 van art. 6:248 BW aan de orde te laten komen. De mogelijkheid om art. 6:258 BW toe te passen sluit niet uit dat ook (de inhoud van) art. 6:248 leden 1 en 2 BW aan de orde kan komen, zelfs buiten de vorm (vordering tot wijziging) om, die behoort bij een op art. 6:258 BW gebaseerd verlangen.

Ten onrechte concludeert Zondag overigens dat volgens de wetgever art. 6:258 BW de buitengrens van art. 6:248 BW zou bepalen voor die gevallen die te gecompliceerd zijn om anders dan bij een constitutief vonnis in de verhouding van partijen in te grijpen. Dat heeft de wetgever niet gezegd. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat art. 6:258 BW de buitengrens vormt voor art. 6:248 lid 1 BW¹⁴³. Zondag noemt niet dit lid 1, terwijl dat nu juist in de onderhavige discussie van groot belang is. Zondag wekt nu, door lid 1 weg te laten, de indruk dat ook de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid door de *imprévision* wordt beheerst, en nog wel doordat 6:258 BW ook de buitengrens vormt van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid. Dat is dus niet het geval, nu het gaat om de buitengrens van de aanvullende (en niet de beperkende) werking van de redelijkheid en billijkheid.

Vervolgens heeft Zondag in de door hem onderzochte verhouding tussen art. 6:258 BW en art. 7:611 BW niet vermeld waar art. 7:613 BW in dat verband moet worden gesitueerd en dat maakt, mede gelet op de overige geplaatste vraagtekens, zijn constructie van onderscheid tussen eenzijdige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden met een definitief en een tijdelijk karakter tot een ongelukkige en mijns inziens onbruikbare.

143 Memorie van toelichting Inv., art. 6.5.3.11 en 12. Parl. Gesch. Boek 6 p. 977 e.v.

1.14.2 *Lagere rechtspraak over imprévision*

De discussie over de wijziging van arbeidsvoorwaarden moet hoofdzakelijk geplaatst worden in de sleutel van de bepalingen van art. 7:611 BW, art. 7:613 BW en art. 6:248 BW, terwijl de *imprévision* langzaam op de achtergrond is geraakt. Ze wordt evenwel door sommige rechters wel toegepast en leidt tot opmerkelijke (en nog steeds benutbare) mogelijkheden.

In de door Rb. Middelburg berechte zaak gaat het om onvoorziene omstandigheden en een sociaal plan.¹⁴⁴ In dit geval spelen twee kwesties.

De eerste is of een vakbond met een werkgever in een sociaal plan afspraken mag maken over voormalige uit dienst getreden werknemers, die een in beginsel onbeperkt en ongelimiteerd recht hebben op doorbetaling van premies van de ziektekostenverzekeringen door de werkgever. De tweede vraag is of de ex-werkgever jegens de voormalige werknemers nog gebonden is aan oude afspraken nu er onvoorziene omstandigheden zijn opgetreden: de werkgever heeft de onderneming moeten sluiten.

Het sociaal plan is gesloten tussen werkgever, de Association Coöperative Zélandaise de Carbonisation U.A. (in liquidatie) en de vakbonden, in de vorm van een CAO. In dat sociaal plan is bepaald dat de werkgever de premie van de ziektekostenverzekering van de VUT-gerechtigde ex-werknemers en pensioengerechtigde ex-werknemers en hun nabestaanden nog tot 1 januari 2001 voor haar rekening zou nemen. De kantonrechter had via grammaticale uitleg beslist dat niet duidelijk is dat de premie daarna niet meer voor rekening van de werkgever zou komen en ook niet dat de werkgever had bedoeld op te zeggen.

De rechtbank, in hoger beroep, oordeelt allereerst dat de Wet op de CAO weliswaar een ruime strekking heeft, maar dat die strekking niet zo ver gaat dat ook ten aanzien van ex-werknemers, met wie (derhalve) geen arbeidsovereenkomst meer bestond, bij CAO voor die ex-werknemers bindende afspraken kunnen worden gemaakt, ook niet als de ex-werknemers ten tijde van het afsluiten van de CAO lid zijn van een vakorganisatie die partij was bij de CAO.

Met betrekking tot de onvoorziene omstandigheden oordeelt de rechtbank dat vaststaat dat partijen bij de totstandkoming van de

144 Rb. Middelburg, 8 november 2003, JAR 2003/291.

overeenkomst tot premiedoorbetaling niet hebben voorzien dat de werkgever te zijner tijd zou worden gesloten. Of die sluiting des tijds mogelijk wel voorzienbaar was, is dan niet meer relevant. Wel rijst de vraag of deze omstandigheid van dien aard is dat ex-werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mogen verwachten. De werkgever heeft aangevoerd dat de werknemers die ten gevolge van de sluiting zijn ontslagen ook geen recht hebben op vergoeding van ziektekostenpremie.

De rechtbank overweegt dat de werkgever miskent dat met die werknemers via de vakorganisatie wel bindende afspraken zijn gemaakt met betrekking tot de gevolgen van de beëindiging. Maar die afspraken zijn niet op de ex werknemers /VUT'ers van toepassing. Daarom is niet redelijk om de doorbetaling van ziektekostenpremie te beëindigen zonder een andere voorziening te treffen.

Voor het door de rechter bepalen van een opzegtermijn of een afkoopsom acht de rechtbank onvoldoende aanknopingspunten aanwezig, omdat de lengte en de hoogte van de opzegtermijn immers afhangen van diverse factoren, zoals de leeftijd van de betrokken werknemers en hun verzekerde nabestaanden, de levensverwachting en de duur van het voorafgaande dienstverband.

In de eerste plaats is hier het commentaar op zijn plaats dat de rechtbank de toets van de redelijkheid aanlegt, terwijl art. 6:258 BW verlangt dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt beoordeeld of instandhouding mag worden verwacht. Zie voor de 'kritiek' van de Hoge Raad op de gelijkschakeling van deze geheel verschillende begrippen het in hoofdstuk 1.11. behandelde Frans Maas-arrest.

Interessant is verder dat de rechtbank een 'alternatief' gebruik maakt van de mogelijkheid wel te ontbinden of te wijzigen, maar dan onder voorwaarden. De rechtbank ontbindt of wijzigt evenwel niet, maar legt een soort subsidiariteitstoets aan: eerst moet worden bekeken of er nog andere mogelijkheden zijn. Partijen moeten eerst nog maar eens proberen alsnog tot overeenstemming te komen. De rechtbank is weliswaar met de kantonrechter en de werkgever van oordeel dat van deze laatste niet kan worden gevergd dat zij tot in lengte van jaren de premies aan de ex-werknemers dient te blijven voldoen, maar voor het bepalen van een opzegtermijn of afkoopsom acht de rechtbank nog onvoldoende aanknopingspunten aanwezig. De lengte van de opzegtermijn en de hoogte van de afkoopsom zou immers

afhangen van diverse factoren, waaronder de leeftijd van de betrokken ex-werknemers en hun meeverzekerde nabestaanden, hun levensverwachting en de duur van het voorafgaande dienstverband. Lukt het partijen niet om tot overeenstemming te komen, dan kan de werkgever een concrete vordering tot wijziging van de overeenkomst instellen.

Een tweede uitspraak, waarin het imprévisionsartikel wordt toegepast, gaat over een bonus, primaire arbeidsvoorwaarden, goed-werknemerschap en onvoorziene omstandigheden.¹⁴⁵ De arbeidsovereenkomsten van de werknemers kennen geen eenzijdig wijzigingsbeding.

Wel is er iets bijzonders aan de hand, te weten dat de werknemers met een werkgever, die vroeger collega en collega-werknemer was geweest maar die een eigen management-BV was begonnen, een samenwerkingsovereenkomst hadden gesloten in 1992 en dat zij beide aandelen zouden nemen in het aandelenkapitaal van de management-BV. Partijen zijn evenwel later overeengekomen dat de beide werknemers niet deelnemen in het aandelenkapitaal maar wel in een bonusregeling (die ze overeenkwamen later in 1992). In 1998 is de bonusregeling gewijzigd en in 2001 is een overeenkomst gesloten met het managementteam (waartoe kennelijk de twee procederende werknemers behoorden) over afkoop van het bonusrecht in verband met de voorgenomen verkoop van de aandelen aan een derde. In die overeenkomst van 2001 werd aan het MT toegezegd dat zij, bij verkoop van de aandelen, 33% van de waarde van de aandelen met een minimum van f 600.000,- per persoon zouden ontvangen. Deze laatste overeenkomst is door de aandeelhouders in 2003 opgezegd. De raad van commissarissen heeft voorgesteld om de bonusregeling om te zetten in een prestatietoeslag, te koppelen aan het behalen van een zekere target. Daar zijn de werknemers het niet mee eens.

De werkgever heeft in de door de werknemers begonnen procedure nog aangevoerd dat de input die werknemers leveren bij het ontstaan van de winst, niet in verhouding staat tot wat zij middels een bonusregeling ontvangen. Verder vinden de commissarissen dat wenselijk is dat de bonusregeling voor alle betrokkenen markt-

145 Ktr. Rotterdam, 28 oktober 2004, JAR 2005/73.

conform is. Ook is een scheefgroei ontstaan bij de totstandkoming van de winst.

De kantonrechter overweegt dat redelijkheid en billijkheid (casu quo goed werkgeverschap en goed werknemerschap) ertoe kunnen leiden dat de werkgever ook zonder een contractuele grondslag tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden mag overgaan. De verplichting om mee te werken aan een door de werkgever beoogde wijziging van de arbeidsvoorwaarden zal met name aangenomen moeten worden, indien het gaat om de aanpassing van secundaire arbeidsvoorwaarden, collectieve regelingen en of aanpassingen van arbeidsvoorwaarden met een tijdelijk karakter. Nu de bonusregeling aangemerkt moet worden als een essentiële primaire arbeidsvoorwaarde die een substantieel deel van de beloning vormt, geldt dat, in geval partijen een wijzigingsbeding waren overeengekomen, een beroep hierop slechts onder uitzonderlijke omstandigheden met vrucht kan worden gedaan. Immers, bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever, dient – zo zegt de kantonrechter – een verzwaarde toetsingsmaatstaf te worden aangelegd indien het gaat om wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden en de rechter daarbij grote terughoudendheid in acht dient te nemen. Op de bescherming tegen inkomensverlies die art. 7:628 BW een werknemer beoogt te bieden, zou ernstig afbreuk gedaan worden, indien via een wijzigingsbeding kan worden bewerkstelligd dat de werknemer voor het zelfde werk minder loon ontvangt. Nu geoordeeld wordt dat zelfs in het hypothetische geval dat partijen een wijzigingsbeding zouden zijn overeengekomen, de werkgever niet met succes daarop een beroep kan doen, teneinde de primaire arbeidsvoorwaarden van de eisers te wijzigen, en de positie van de werknemer zonder een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst geacht moeten worden sterker te zijn dan die met een wijzigingsbeding, is wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van art. 7:611 BW niet goed denkbaar. Niet valt immers in te zien dat op grond van redelijkheid en billijkheid het van een werknemer kan worden verlangd zijn medewerking te verlenen aan een verlaging van de beloning gezien de ingrijpende gevolgen hiervan voor de werknemer. De verwijzing van de werkgever naar het Taxi-Hofman-arrest gaat niet op, aangezien het in dit arrest uitgewerkte criterium slechts van toepassing is op secundaire voorwaarden en meer in het bijzonder op de vraag of een werknemer moet meewerken aan een functiewijziging.

De slotsom is dat art. 7:611 BW geen grond biedt voor de wijziging van de primaire arbeidsvoorwaarden en dat dit slechts bewerkstelligd kan worden door een constitutioneel vonnis van de rechter.

In de reconventionele vordering oordeelt de kantonrechter dat een wijziging of ontbinding op de voet van art. 6:258 BW niet kan worden uitgesproken voor zover omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept. De door de werkgever aangevoerde gewijzigde omstandigheden zouden gelegen moeten zijn in het feit dat de werkgever sinds 2002 niet langer een stand-alone-positie heeft, maar moet voldoen aan rendementseisen van Fortis Bank Nederland en aan de overige conformiteitseisen die Fortis nastreeft, waarmee de scheefgegroeide beloningsstructuur van de werknemers niet te verenigen is. Bovendien maakt de bonusregeling de verkoop van de aandelen van de werkgever vrijwel onmogelijk. Voor zover de door de werkgever aangevoerde omstandigheden al zouden kunnen worden aangemerkt als onvoorziene omstandigheden (dus omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het aangaan van de arbeidsovereenkomst en omstandigheden betreffen waarin partijen niet hebben voorzien of welke partijen niet hebben verdisconteerd) dienen de door de werkgever aangevoerde omstandigheden aangemerkt te worden als omstandigheden die krachtens de aard van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de werkgever dienen te komen zodat de werkgever zich hierop niet met succes kan beroepen.

Deze laatste uitspraak laat zien hoe lastig de verhouding tussen art. 6:258 BW en art. 6:248 BW en art. 7:611 BW is. De rechter constateert dat er geen wijzigingsbeding is en dat art. 7:613 BW en art. 7:611 BW niet voldoen. Maar wat te doen met art. 6:258 BW en hoe de verhouding van art. 6:258 BW tot art. 7:628 BW te duiden? De rechter past lid 2 van art. 6:258 BW toe, dat bepaalt dat een wijziging niet wordt uitgesproken voorzover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept. Dat past aardig bij een zwaar onderwerp zoals wijziging van de hoogte van loon, een primaire arbeidsvoorwaarde bij welk onderwerp al snel het bepaalde in art. 7:628 BW in beeld komt. Toch dient de imprévision zeer terughoudend te worden benut in het vraagstuk van de eenzijdige wijziging, zoals ik hierna, in 1.14.3, zal bepleiten.

1.14.3 Plaatsbepaling van art. 6:258 BW

Wanneer strikt de hand gehouden wordt aan de plaats van de *imprévision*, zoals door de wetgever bedoeld en in de parlementaire geschiedenis van het NBW weergegeven, dan dient zij nog steeds gezien te worden als de buitengrens van art. 6:248 lid 1 BW (de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid). Hoewel de formulering van *imprévision*, te weten dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht, dicht bij die van onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid lijkt te staan, zijn de onvoorziene omstandigheden dus toch de zwaarste norm voor de toepassing van de aanvullende redelijkheid en billijkheid. De *imprévision* is nodig om een bestaand contract aan te vullen, maar niet om de overeenkomst te wijzigen, omdat toepassing van een geldende regel uit die overeenkomst onder omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. Denkbaar zou zijn dat de norm van art. 6:258 BW nog een plaats zou kunnen krijgen bij de invulling van het begrip zwaarwichtig belang ingevolge art. 7:613 BW, en dan met name in die gevallen waarin niet een CAO of een ondernemingsovereenkomst een zekere invulling geeft aan het zwaarwichtig belang. Indien de werkgever niets met vakbond of ondernemingsraad heeft afgesproken, maar zelf, zonder enig overleg of na mislukt overleg, eenzijdig de arbeidsvoorwaarden wil wijzigen, zou de norm van art. 6:258 (de – kort gezegd – bijna onmogelijk nog langer uitvoerbare ongewijzigde instandhouding) een rol kunnen spelen.

En voor het overige blijft mijns inziens voor de *imprévision* alleen een rol over wanneer de werkgever een vordering instelt op de expliciete grond van de *imprévision* en de rechter zich in beginsel genoodzaakt ziet om die aangevoerde norm dan ook in die dagvaardingsprocedure toe te passen¹⁴⁶. De vorderingsgrondslag zou ook kunnen worden aangepast, omdat zonder een eenzijdige-wijzigingsbeding een zwaardere norm (art. 6:248 lid 2 BW) geldt en met een eenzijdige-wijzigingsbeding een lichtere, te weten het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW.

146 De vordering tot wijziging van een (arbeids)overeenkomst behoeft niet – verplicht – ingesteld te worden voordat toepassing van de aanvullende of de beperkende redelijkheid en billijkheid aan de orde kan komen.

1.15 Goed-werknemerschap

1.15.1 *Aanvullende en beperkende redelijkheid en billijkheid*

De aandacht voor goed-werknemerschap was zeer matig totdat in 1998 het zogenoemde Taxi Hofman-arrest door de Hoge Raad gewezen werd.¹⁴⁷ De door de Hoge Raad in dat arrest gebezigde en thans sinds 10 jaar ruimschoots benutte frase luidt dat de verplichting die op de werkgever en werknemer rust om zich over en weer als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen, 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. Dergelijke voorstellen mag hij alleen afwijzen, wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

Redelijkheid en billijkheid kunnen – en daar is geen debat meer over – steeds meer als equivalent van goed-werkgeverschap en goed-werknemerschap worden gezien. Redelijkheid en billijkheid enerzijds en goed-werkgeverschap en goed-werknemerschap anderzijds zijn meer dan alleen loten aan dezelfde stam en wellicht slechts andere benamingen voor hetzelfde fenomeen. Men zou zich zelfs af kunnen vragen of er nog onderscheid gemaakt kan worden tussen de gevallen waarin dan eens goed-werkgeverschap (en goed-werknemerschap) dan eens redelijkheid en billijkheid wordt benut.

Toch is niet duidelijk of deze gelijkshakeling zowel de aanvullende als de beperkende (of derogerende) redelijkheid en billijkheid betreft. Naar mijn oordeel geldt de overlapping beide, maar zal bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijk-

147 Taxi Hofman-Van der Lely; HR 26 juli 1998, NJ 1998, 767. ‘Taxi Hofman’ is als norm herhaald in HR 14 november 2003, JAR 2003/296 (Drie S Invest tegen Mammoet). Het belang van dit laatste arrest is erin gelegen dat de Hoge Raad vindt dat het oordeel van het hof, dat het ontbreken van een positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie bij de werknemer kan worden aangemerkt als een tekortkoming in de nakoming van een uit de overeenkomst voortvloeiende verplichting, onbegrijpelijk is. Zonder nadere motivering die ontbreekt valt niet in te zien dat de werknemer redelijkerwijs niet op de wijze zoals hij heeft gedaan zou mogen opkomen voor wat hij als zijn rechten zag in verband met de reorganisatievoorstellen. Bedacht moet worden dat volgens het hof de wijze waarop de werknemer opkwam voor wat hij als zijn rechten zag mocht worden gesanctioneerd met het verval van het recht op de resterende 8 termijnen (van 400.000 gulden elk) van de koopovereenkomst.

heid het goed-werkgeverschap een iets andere benaming dan (slechts) ‘in strijd met goed-werkgeverschap’ moeten krijgen, te weten: ‘in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van goed-werkgeverschap onaanvaardbaar’.

Van Slooten heeft hoofdstuk 2 van zijn dissertatie afgesloten met de conclusie dat de derogerende werking van art. 7:611 BW bij de arbeidsverbintenis zo groot is dat van een serieuze inperking van het beginsel van de contractsvrijheid en het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst kan worden gesproken.¹⁴⁸ Van Slooten plaatst ook het arrest Van der Lely-Taxi Hofman in het teken van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid door te stellen dat het arrest zowel de aanvullende als de derogerende kant van goed-werkgeverschap aanstipt.¹⁴⁹

De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid verdient evenwel nog steeds een eigen plek tegenover de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. De aanvullende werking houdt in dat redelijkheid en billijkheid een aanvullende bron van rechten en verplichtingen vormen. Deze aanvullende werking komt aan de orde indien de afspraken van partijen een leemte (iets ongeregelds of iets niet helemaal goed geregelds) bevatten, die niet kan worden gevuld door wet of gewoonte. De beperkende ofwel corrigerende ofwel derogerende werking van redelijkheid en billijkheid daarentegen houdt in dat een zodanige afwijking van het overeengekomene noodzakelijk wordt geacht, dat een beroep op het overeengekomene niet aanvaardbaar is. Oorspronkelijk werd in plaats van ‘onaanvaardbaar’ zelfs van ‘onbetamelijk’ gesproken.¹⁵⁰ Hartkamp schrijft dat de aanvullende en beperkende werking soms samen kunnen gaan en noemt het (wettelijk geregelde) voorbeeld van het opschortingsrecht ex art. 6:52 BW.¹⁵¹ In het geval van de werknemer Van der Lely (in het Taxi Hofman arrest) bouwt Van Slooten in zijn aangehaalde dissertatie m.i. een te gekunstelde constructie door aan te nemen dat er eerst een vorm van derogatie plaatsgevonden (Van der Lely kwam geen beroep toe op de bedongen arbeid van centralist) en daarna de aanvullende werking, te weten dat de ontstane leegte moet worden opgevuld, doordat Van der Lely weer als chauffeur moet gaan werken. Van

148 J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss.) Kluwer 1999, p. 66.

149 Ook in ‘De derde in het sociaal recht’, Vossiuspers, 2005 (oratie), p. 16 en 17, stelt Van Slooten zich nog op dit standpunt.

150 Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, deel II, elfde druk, 2001, p. 314/315.

151 Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, deel II, elfde druk, 2001, p. 309.

Slooten ziet evenwel over het hoofd dat Van der Lely in zijn hoedanigheid van centralist niet achterover mag leunen en zich alleen maar op onveranderbaarheid van zijn functie mag beroepen, maar dat hij, als centralist, onder door de Hoge Raad genoemde condities, gehoor moet geven aan redelijke voorstellen van zijn werkgever tot aanpassing van de functie. Hier is dus enkel de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid aan de orde. Op het moment immers waarop de werknemer met een positief luisterend oor een voorgestelde wijziging op zich moet in laten werken en daar met een positieve grondhouding op moet reageren, is hij nog steeds centralist. Daarom vergist Van Eck¹⁵² zich mijns inziens ook, waar deze aanvoert dat de functie van centralist tussen partijen was overeengekomen en er (dus) geen sprake was van een leemte in de overeenkomst tussen partijen.

Zowel Van Slooten als van Eck hechten te veel waarde aan de leemte die bij de aanvullende werking zou moeten bestaan en die moet worden opgevuld. Het gat (ofwel het on- of niet goed geregelde) kan er ook uit bestaan dat een min of meer voor de hand liggende wijziging in de functie doorgang vindt, mits het voorstel tot aanpassing redelijk is en de werknemer daar geen redelijke bezwaren tegen te berde kan brengen. In het geval van Van der Lely is dan ook niet eerst door Taxi Hofman aan Van der Lely de mogelijkheid ontnomen centralist te blijven en moest daarna een leemte worden opgevuld, maar bestaat de leemte erin dat hij niet langer centralist kan blijven en dat daar een oplossing voor gevonden moet worden, die erin kan bestaan dat hij taxichauffeur wordt. Daar komt geen derogerende werking van redelijkheid en billijkheid aan te pas.

De aanvullende werking levert dus op dat Van der Lely onder omstandigheden weer chauffeur zal moeten worden.¹⁵³ De verscheidene door Hartkamp genoemde voorbeelden geven aan dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid deze gevolgen met zich kan brengen.¹⁵⁴ Indien de Hoge Raad bedoeld zou hebben ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol te laten

152 M. van Eck, *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2004/2, p. 63 e.v., m.n. 82.

153 Zou Van der Lely gevorderd hebben dat hij weer tewerk gesteld werd als centralist / administratief medewerker, dan zou dat beoordeeld zijn naar het spiegelbeeld van goed-werknemerschap : goed-werkgeverschap. Zie voor voorbeelden van geoorloofde functiewijziging G.J.J. Heerma van Voss: *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, VvA-reeks, 1999, p. 91.

154 Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, deel II, elfde druk, 2001, p. 307.

spelen, zou hij, gelet op de opdracht aan de rechter de derogerende werking omzichtig en terughoudend toe te passen, de maatstaf van de onaanvaardbaarheid zeker hebben genoemd, alvorens de aanvullende werking in stelling te brengen.

Het is van belang te beklemtonen dat in het Taxi Hofman-arrest geen derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid zit. Die is pas echt een rol gaan spelen toen expliciet een beroep werd gedaan op het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW.

In haar bijdrage aan JAR Verklaard van april 2003 heeft Vegter¹⁵⁵ zich op het standpunt gesteld dat het onderscheid tussen de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid veel minder scherp is dan men vaak doet voorkomen. Zij geeft een voorbeeld van een reiskostenregeling en vraagt zich af of het verschil tussen aanvullende en beperkende werking anders ligt wanneer de werkgever een eenzijdig wijzigingsbeding gesloten heeft.

Het onderscheid tussen de aanvullende en beperkende werking is mijns inziens wel scherp. Indien immers door de werkgever met zijn werknemer geen eenzijdige-wijzigingsbeding gesloten wordt, zal de wijziging van een onderdeel van de arbeidsovereenkomst nog scherper beoordeeld moeten worden dan zonder het bestaan van een eenzijdige-wijzigingsbeding. De norm die derhalve bij de wijziging van een eenzijdige-wijzigingsbeding wordt aangelegd, te weten de zwaarwichtige reden, is vervolgens nog zwaarder, wanneer de werkgever geen eenzijdige-wijzigingsbeding met de werknemer is overeengekomen. Niet de norm van goed-werknemerschap, maar een terugrijpen 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 redelijkheid en billijkheid, met haar zware toets van onaanvaardbaarheid.

1.15.2 Goed-werknemerschap en de WAA

De vraag is of de Hoge Raad ten tijde van het vellen van zijn arrest inzake Taxi Hofman tegen Van der Lely (26 juli 1998), waarin de contouren van het goed-werknemerschap opnieuw werden geschetst, op de hoogte is geweest van het, ook in 1998, ingediende wetsontwerp aanpassing arbeidsduur. In de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) wordt immers, wanneer de werkgever het verzoek van een deelnemer om aanpassing van de arbeidstijd heeft ingewilligd (al dan niet omdat hij er geen zwaarwichtige bezwaren tegen heeft), de spreij-

¹⁵⁵ M.S.A. Vegter, JAR Verklaard, april 2003-juni 2003, p. 9 en 10.

ding van de uren vastgesteld overeenkomstig de wensen van de werknemer, maar de werkgever kan de gewenste spreiding van de uren wijzigen, indien hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 2 lid 6 WAA). Is de Taxi Hofman-norm sterker of zwakker dan de voormelde norm uit de WAA? De redelijke voorstellen van de werkgever die redelijkerwijs door de werknemer moeten worden aanvaard lijken de werkgever een eenvoudiger opdracht te geven dan wanneer deze zwaarwichtige bezwaren moet aanvoeren (en zelfs wanneer de werkgever zodanige belangen moet aanvoeren dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken).

Het lijkt erop dat het vraagstuk van de functieaanpassing of functiewijziging uit het Taxi Hofman-arrest van een zwaarder kaliber is dat de verzoeken tot aanpassing van de arbeidsduur op grond van de WAA, ook al komt de wijze waarop een functie uitgeoefend moet worden daar soms expliciet aan de orde. Een voorbeeld wordt gevormd door de in 2006 berechte kwestie van de gespecialiseerde reumaverpleegkundige.¹⁵⁶

De werkneemster is een gespecialiseerde reumaverpleegkundige in een ambulantly reumacentrum met een aanstelling voor 24 uur per week. Zij verricht haar werk binnen een multidisciplinair team. De werkneemster heeft de werkgever gevraagd om minder te mogen werken, namelijk de ene week 16 en de andere week 24 uur. De werkgever heeft dat verzoek afgewezen. In de (door de werknemer aangespannen) procedure voor de kantonrechter voert de werkgever aan dat ze een ziekenhuis is dat als enige in Nederland volledig is gespecialiseerd in houding en beweging en dat ze unieke kennis in huis heeft en hooggespecialiseerd is. Zij wil klantgericht, innovatief, ondernemend en excellent zijn. De patiënt staat centraal. De gespecialiseerde reumaverpleegkundige heeft bij de multidisciplinaire behandeling een sterk coördinerende rol en daarbij is een ondergrens van 24 uur per week gesteld, mede in verband met de continuïteit van de patiëntenzorg. De kantonrechter hecht veel waarde aan de beschrijving van die functie en acht van belang dat de reumapatiënt zoveel mogelijk door dezelfde verpleegkundige begeleid moet worden. Ook de deelname van de verpleegkundige in multidisciplinaire werkgroepen

¹⁵⁶ Ktr. Nijmegen, 1 september 2006, LJN AZ0867, JAR 2006/277.

vindt de kantonrechter een belangrijk argument. Daarom wordt de vordering van de werknemer afgewezen.

Ook al is een kenmerkend verschil tussen de Taxi Hofman-zaak en de WAA dat in het ene geval de werkgever redelijke voorstellen doet en in het andere geval de werknemer het verzoek tot aanpassing doet, toch speelt over en weer de invulling van de functie door de werknemer een rol en is het merkwaardig te noemen dat in het ene geval slechts sprake behoeft te zijn van redelijke voorstellen en in het andere geval van zwaarwichtige bezwaren.

Daar staat weer tegenover dat het woord redelijk ook gebruikt wordt in art. 7:678 BW, bij, kort gezegd, ontslag op staande voet, en dat dit begrip weer ingevuld kan worden met de zwaarwichtigheid van de WAA. Een werkgever mag een werknemer immers op staande voet ontslaan wanneer hij daartoe een dringende reden heeft (art. 7:677 BW) en dringend is een reden wanneer van de werkgever redelijkerwijze niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Een voorbeeld wordt gevormd door het arbeidsconflict tussen een allround secretaresse die op basis van een 40-urige werkweek bij een advocaat in dienst was getreden, maar aankondigde vanaf een bepaalde datum nog slechts parttime te willen werken. Zij was op het moment dat zij het verzoek deed zwanger en wilde na de bevalling meer tijd inruimen voor de verzorging van het kind. Het verzoek werd door de werkgever afgewezen. Vervolgens vroeg de werkgever toestemming van de CWI om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Na een eerste ingetrokken verzoek werd een tweede verzoek ingediend dat geweigerd werd. De werkgever weigerde de werknemer haar werkzaamheden te laten hervatten. Een maand later heeft de werkgever aan de werknemer verzocht op maandag te verschijnen, maar dat lukte niet omdat de brief pas in de loop van die maandag door de werknemer was ontvangen. Telefonisch contact tussen partijen leidde ertoe dat de werknemer op dinsdag zou beginnen maar op dezelfde maandag dat de brief over werkhervatting bij haar was aangekomen, heeft de werknemer per e-mail ook medegedeeld dat ze op woensdag niet zou komen werken, omdat ze nog slechts 24 uur per week wilde werken. De advocaat reageerde met de mededeling hiermee niet akkoord te gaan en eventuele afwezigheid aan te zullen merken als een dringende reden voor een ontslag op staande voet. En zo geschiedde.

Het gerechtshof¹⁵⁷ betrok de stelling van de werkgever over de wenselijkheid en mogelijkheid van aanpassing van de arbeidsduur in zijn rechtsoverwegingen. De werkgever had onmiddellijk aangestuurd op een beëindiging van de overeenkomst, omdat hij van mening was dat het verzoek gezien de specifieke situatie (te weten dat er slechts één werknemer was) uit oogpunt van noodzakelijke bedrijfsorganisatie onmogelijk kon worden ingewilligd. Het hof wijst evenwel op de in art. 2 lid 10 WAA opgenomen verplichting om een regeling te treffen. In een dergelijke regeling kan het recht op een vermindering niet geheel worden uitgesloten, zo blijkt uit de Handelingen Eerste Kamer 1999-2000 p. 16-635. En verder overweegt het hof dat de noodzakelijke zwaarwegende bedrijfsbelangen door de werkgever onvoldoende zijn onderbouwd en beargumenteerd, waarbij met name erop gewezen wordt dat het niet ongebruikelijk is dat één persoon bediend wordt door meerdere parttime werkende secretaresses die (uiteraard) hun werkzaamheden zoveel als mogelijk coördineren. Bovendien had de werknemer een zekere souplesse getoond, omdat ze weliswaar had aangekondigd slechts 24 uur te willen werken, maar uitsluitend ten aanzien van de woensdag had aangegeven niet te kunnen werken. Voor de aanwezigheid van een dringende reden is deze norm uit de WAA belangrijk. De werknemer krijgt weliswaar nog het verwijt dat zij zich niet heeft ingespannen om het oordeel van de kantonrechter te verkrijgen over de weigering van de werkgever arbeidsduurverkorting toe te staan en dat zij ook, door weg te blijven terwijl zij in beginsel diende te werken, in strijd handelde met een verplichting uit de arbeidsovereenkomst, maar een en ander levert geen dringende reden op.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad, hoewel initiatiefwetsontwerpen al sinds 1994 circuleerden, de ontwikkelingen rondom wetgeving over aanpassing van de arbeidsduur en de individuele afhandeling daarvan tussen een werkgever en een werknemer niet heeft betrokken in zijn overwegingen over goed-werknemerschap.

Dat is niet zonder meer logisch. In een eerder dan Taxi Hofman gewezen uitspraak van de Hoge Raad, inzake CeHaVe-Van Haaren¹⁵⁸,

157 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 juni 2006, JAR.2006/283.

158 Welk arrest op de vergadering van de Vereniging voor Arbeidsrecht van 31 mei 2007, waar het 100-jarig bestaan van de Wet op de arbeidsovereenkomst werd gevierd, is uitgeroepen tot belangrijkste arbeidsrechtelijke arrest van de eeuw.

heeft de Hoge Raad een ontwikkeling in het goed-werkgeverschap (in verbinding met passende arbeid voor een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer) vorm gegeven door onder andere naar een wetsontwerp te verwijzen.¹⁵⁹ In de zaak van Van der Lely tegen Taxi Hofman is zo'n verwijzing naar een wetsontwerp (WAA) niet opgenomen. Een verklaring zou kunnen zijn dat op de dag dat arrest werd gewezen de Koninklijke Boodschap en de memorie van toelichting van w.o. 26 358 nog niet waren verschenen. Bovendien was de materie wat ingewikkelder, omdat er ook nog twee andere (initiatief-) wetsvoorstellen lagen van respectievelijk de kamerleden Rosenmöller (Groen Links), Van Nieuwenhoven (PvdA) en Bakker (D'66) enerzijds en Bijleveld Schouten (CDA) anderzijds. Deze moesten de Hoge Raad overigens wel bekend geweest zijn. De beide initiatief-wetsontwerpen kenden al normen als zwaarwichtig belang en gewichtig belang, die verder gingen dan de invulling van goed-werknemerschap. Desondanks is erniet naar teruggerepen of verwezen. Dat is jammer, want zou dat wel gebeurd zijn, dan zou goed-werknemerschap waarschijnlijk niet zo'n hoge en ongecontroleerde vlucht hebben kunnen nemen.

1.15.3 Andere vormen van toepassing van het goed-werknemerschap

In het arrest Guitoneau tegen Midnettax¹⁶⁰ heeft de Hoge Raad de norm van het goed-werknemerschap ook geïntroduceerd bij de beoordeling van een kennelijk onredelijk ontslag. Bij de beoordeling van de vraag of een opzegging in strijd is met het bepaalde in art. 7:681 BW, mag de lagere rechter ook gewicht toekennen aan de weigering van de werknemer om een aangeboden (andere) functie aan te nemen. In dit geval ging het om de geoffreerde functie van taxi-chauffeur. De enkele omstandigheid dat een werknemer een andere functie afwijst, behoeft er niet aan in de weg te staan dat een gegeven ontslag kennelijk onredelijk kan zijn.¹⁶¹ Maar dat neemt niet weg dat werkgever en werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen. Her-

159 Wet houdende regelen met betrekking tot de bevordering van de deelname van gehandicapten aan het arbeidsproces, (17 384)

160 Van 28 april 2000, JAR2000/120 en NJ 2000, 565 met noot PAS, alsmede Jansen en Loonstra in hun annotatie in Arbeidsrechtelijke Annotaties 2001 / 1, p. 30-44).

161 Hoge Raad, 30 januari 1998, NJ 1998, 476.

haald wordt de befaamde zinsnede dat wat de werknemer betreft dit meebrengt dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan. De werknemer mag dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Niet valt in te zien, zo zegt de Hoge Raad, waarom de rechter ook bij de beantwoording van de vraag of een gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, die verplichting van de werknemer niet in zijn beoordeling zou dienen te betrekken.

In de uitwerking van de casus van de 53-jarige Guitoneau (die hoofd taxicentrale was, maar incidenteel ook taxi reed) blijkt dan dat deze zijn werkgever erop gewezen heeft dat, als hij weer taxichauffeur zou moeten worden, zijn leeftijd daar enigszins aan de weg staat, maar ook de omstandigheid dat hij zoveel mogelijk in de avonden en in het weekend moet werken, terwijl het niveau van de functie ook veel lager is. En verder heeft Guitoneau aangevoerd dat hij het voorstel om de functie van taxichauffeur te vervullen niet passend vond vanwege de achteruitgang in salaris. Maar, zo herhaalt Guitoneau, dat was slechts één van de redenen en zeker niet de voornaamste reden. Het was de combinatie van nadelige voorwaarden die hem deden besluiten om niet op het aanbod in te gaan althans het voorliggende aanbod niet te accepteren. Want pas uit een later door de werkgever geschreven brief nam de werknemer kennis van de aanvullende en voor hem onacceptabele voorwaarden, terwijl voordien enkel gesproken was over de hoogte van het salaris en niet over deze zeer nadelige voorwaarde. De Hoge Raad acht dan het oordeel van de rechtbank niet begrijpelijk dat ‘de bezwaren van Guitoneau in de kern erin bestaan dat hij de financiële voorwaarden onvoldoende vindt’. Nu de rechtbank slechts het financiële aspect van de aangeboden functie in haar beoordeling had betrokken, kon de uitspraak niet in stand blijven.

Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat de voor de beoordeling van gedrag naar het goed-werknemerschap vereiste afweging, namelijk of redelijke voorstellen afgewezen mogen worden, wanneer afwijzing onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van een werknemer kan worden gevergd, betekent dat een brede afweging moet plaatsvinden van alle door de werknemer aangevoerde argumenten. Dat betekent dat niet alleen de argumentatie van bijvoorbeeld lager loon, maar ook de (door de werknemer Guitoneau gestelde) veeleisendheid van de regeling van de arbeidstijden zouden moe-

ten worden meegewogen. Deze twee door de werknemer aangevoerde bezwaren vormen overigens in de Guitoneau-casus omstandigheden waaraan betekenis moet worden gehecht. 'Omstandigheden' is ook het woord dat de Hoge Raad gebruikt voor de formulering van de Taxi Hofman-toets. Het gaat (evenwel) om voor de werknemer niet onbelangrijke zaken als (lager) loon en arbeidstijden. Die zou men zonder overdrijving ook kunnen tooien met de titel '(primaire) arbeidsvoorwaarden'. Maar omstandigheden zijn nog geen arbeidsvoorwaarden. Het onderscheid tussen (veranderde) 'omstandigheden' en 'arbeidsvoorwaarden' dient uitgewerkt te worden.

1.16 Omstandigheden, ordevoorschriften en arbeidsvoorwaarde(n)

1.16.1 *De afbakening tussen arbeidsvoorwaarde(n) en ordevoorschriften*

1.16.1.1 *Arbeidsvoorwaarde(n)*

Dat het onderscheid tussen primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden juridisch niet scherp omlind en derhalve niet bruikbaar is, is door Van Slooten¹⁶² genoegzaam aangetoond. Hij constateert dat het onderscheid in primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden in geen enkele wet voorkomt. Het onderscheid lijkt tot ontwikkeling te zijn gekomen als gevolg van de introductie van het instemmingsrecht op secundaire arbeidsvoorwaarden, ter onderscheiding van primaire arbeidsvoorwaarden, in art. 27 van de WOR. De wetgever stelde zich op het standpunt dat de ondernemingsraad geen zeggenschap zou moeten hebben op het gebied van primaire arbeidsvoorwaarden. De secundaire (en tertiaire) arbeidsvoorwaarden zijn die voorwaarden die te vinden zijn in de limitatieve catalogus van art. 27 lid 2 zoals winstdeling, pensioenregeling, arbeidstijden etc. Een primaire arbeidsvoorwaarde is de vaststelling van de hoogte van het loon. De vraag is of arbeidsduur en het aantal vakantiedagen primaire arbeidsvoorwaarden zijn. Een regeling op het gebied van arbeidsduur en van de vakantiedagen komt immers ook voor in de catalogus van art. 27 WOR. De vraag kan voorts nog gesteld worden of er niet nog secundaire arbeidsvoorwaarden zijn die niet voorkomen in art.

162 J.M van Slooten a.w. (Arbeid en loon (dissertatie), p.108-114.

27 lid 2 WOR, zoals de onkostenvergoeding en regelingen inzake (collectief) vervoer.¹⁶³

Was de discussie rond 1979 gericht op een voor de toepassing van de WOR relevant onderscheid tussen primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden, thans laait zij weer op bij de voor de eenzijdige wijziging gewenste afbakening tussen arbeidsvoorwaarden enerzijds en de ordevoorschriften van art. 7:660 BW. Anders gezegd: waar ligt de grens tussen arbeidsvoorwaarde (als bedoeld in art. 7:613 BW) en dienstvoorschriften (als bedoeld in art. 7:660 BW)?¹⁶⁴ Nog anders gesteld: verandert de discussie over arbeidsvoorwaarden in die zin dat niet meer de afbakening tussen primair en secundair van belang is, maar dat aan de onderkant van de secundaire arbeidsvoorwaarden een heldere grens moet worden getrokken tussen arbeidsvoorwaarde en individuele afspraken over de voorwaarden waaronder arbeid wordt verricht almede tussen arbeidsvoorwaarden en de gewijzigde omstandigheden op het werk?

De discussie is niet nieuw en werd al in een ander verband gevoerd. Koning¹⁶⁵ wijst erop dat het debat teruggaat tot een eeuw geleden, te weten tot 1908, toen Canes in zijn 'Critische systematische commentaar op de wet op het arbeidscontract'¹⁶⁶ aan de orde stelde of een lijstje van werkzaamheden van dienstbodes onder het begrip ordevoorschriften van art. (toen) 1639b BW (thans art. 7:660 BW) vielen, dan wel een reglement vormde, dat niet meer zomaar eenzijdig door de werkgever mocht worden gewijzigd. In dat debat werd verder de stelling verdedigd (en aangevallen) dat ordevoorschriften alleen eenzijdig door de werkgever worden vastgesteld, als ze tot een bepaalde arbeider zijn gericht. Luiden ze evenwel algemeen voor een aantal arbeiders, dan dragen deze voorschriften het karakter van een reglement zodat ze moeten voldoen aan de wettelijke vereisten om de arbeider te kunnen binden¹⁶⁷. En – zo luidde de vraag – mochten ordevoorschriften, als ze dan toch in een arbeidsre-

163 Ik denk het wel, indachtig de (gestrande) poging in w.o. 24 615 om de onkostenvergoeding en disciplinaire straffen ook instemmingsplichtig te maken.

164 Van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Kluwer, 1999, p. 52 en p. 110).

165 F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Kluwer, 1987, p. 16.

166 S.G. Canes, *Critische systematische commentaar op de wet op het arbeidscontract*, Groningen, 1908, p. 85.

167 E.M. Meijers, *Arbeidsovereenkomst*, Haarlem, 1924, p. 170.

glement terecht zijn gekomen, nog eenzijdig gewijzigd worden of niet meer?¹⁶⁸ Koning¹⁶⁹ wijst erop dat Loeff zich indertijd op het standpunt heeft gesteld dat het niet mogelijk zou zijn om binnen het reglement onderscheid te maken tussen de verschillende soorten van bepalingen die daarin waren opgenomen.

Het karakter van het huidige debat is evenwel anders van aard. Er is immers geen reglement meer, omdat het is afgeschaft in 1998 en alle toen nog bestaande reglementen zijn opgenomen in de individuele arbeidsovereenkomst. De huidige vragen zijn meer toegespitst op de engte of breedte van het begrip arbeidsvoorwaarde en de engte of breedte van het begrip ordevoorschriften of dienstvoorschriften.

Loonstra en Zondag stellen dat het bereik van art. 7:660 BW vanuit de aard van het instructierecht moet worden bepaald.¹⁷⁰ De ordevoorschriften die vanwege hun aard het niveau van het contract overstijgen, hebben een andere status dan arbeidsvoorwaarden. Zij benadrukken de institutionele kanten van de arbeidsorganisatie. Loonstra en Zondag reageren daarmee op de vonnissen van kantonrechter en rechtbank in 's Gravenhage¹⁷¹ die kledingvoorschriften (van PTT ter zake korte broek/bermuda van mannelijke postbodes en de korte broekrok van vrouwelijke collegae) zien als ordevoorschriften. Zondag¹⁷² voegt aan deze argumentatie nog toe dat, als de werkgever een expliciete afspraak maakt met een werknemer, waarbij wordt afgeweken van de collectief geldende ordevoorschriften, zoals het verlenen van toestemming voor het verrichten van commerciële nevenwerkzaamheden, er sprake is van een arbeidsvoorwaarde die in beginsel niet eenzijdig (meer) door de werkgever kan worden gewijzigd.

168 L.J.M. de Leede, *Toetsingsnormen in het collectieve arbeidsrecht* (Goed en Trouw, de Van der Grinten-bundel) Zwolle, 1984, p. 166; A.J. Haakman, *Enige opmerkingen over het arbeidsreglement*, SMA 1959, 408; W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen aan den Rijn, 1983, p. 43.

169 F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Kluwer, 1987, p. 18.

170 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Instructiebeleid van de werkgever*, in *Commentaar arbeidsrecht*, Den Haag, Sdu 2006, p. 101 e.v.

171 *Respectievelijk Ktr. Den Haag d.d. 22 februari 2000, JAR 2000/92 en rechtbank Den Haag 23 mei 2001 JAR 2001/124, afwijkend van de Commissie Gelijke behandeling.*

172 W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden*. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak, ArA, 2006/3, p. 8.

Het begrip arbeidsvoorwaarde houdt mijns inziens veel in, zoals ook bij de uitleg van arbeidsvoorwaarden in de zin van art. 1 WCAO blijkt¹⁷³, maar het onderwerp blijft begrensd, want de WCAO spreekt over ‘voornamelijk of uitsluitend’, zodat uitbreiding van wat in een CAO mag worden geregeld mogelijk is, ook buiten de strikte arbeidsvoorwaarden.

Onder arbeidsvoorwaarden vallen ook arbeidsomstandigheden. Met dit standpunt breid ik een door Zondag gebezigd argument uit.¹⁷⁴ Deze merkt op dat het hierboven genoemde vonnis van de rechtbank in Den Haag over de kledingsvoorschriften bij de PTT thans voor wat betreft het onderscheid in arbeidsvoorwaarden en ordevoorschriften minder relevant geworden is, omdat in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) ook arbeidsomstandigheden als een onderwerp van mogelijke discriminatie worden genoemd. Arbeidsomstandigheden vormen mijns inziens ook arbeidsvoorwaarden buiten het discriminatie-artikel (art. 7:646 BW), en dus ook voor de toepassing van het bepaalde in art. 7:613 BW, omdat de arbeidsomstandigheden (in art. 27 lid 1 aanhef en onder d WOR) ook als arbeidsvoorwaarden (in art. 27 WOR) worden genoemd (en die alleen maar – voor zover hier van belang – van het instemmingsrecht uitgezonderd zijn, als de Arbeidsinspectie daadwerkelijk een eis aan de werkgever heeft gesteld (art. 36 lid 6 WOR).

Een tweede argument voor een beperkte uitleg van het begrip ordevoorschriften is de omstandigheid dat het wetsvoorstel 24 615¹⁷⁵, naast een uitbreiding van een instemmingsplichtige regeling in art. 27 WOR met de onkostenvergoedingenregelingen, nog een tweede uitbreiding kende, te weten met het instemmingsrecht over een regeling inzake disciplinaire maatregelen. Dit voorstel is (tezamen met dat over de onkostenvergoedingenregeling) door middel van een motie uit het wetsontwerp geschrapt. Het Tweede Kamerlid Van der Stoep (VVD) vond dat het beter was om onkosten en disciplinaire straffen individueel te regelen tussen werkgever en werknemer en meende dat beide geen onderwerp van overleg tussen ondernemer en OR behoorden te zijn. De motie is aangenomen, zonder dat verder

173 HR 10 juni 1983, NJ 1984, 147 en HR 30 januari 1987, NJ 1987, 936; zie ook A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss.), Kluwer, Deventer, 2004, p. 105 e.v.

174 W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden*. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak, *ArA*, 2006/3, p. 8.

175 W.o. 24 615 (afschaffing arbeidsreglement) dat heeft geleid tot de wet van 14 februari 1998 (i.w.getr. 4 maart 1998).

iets is gezegd over de keuze van de regering om onkostenvergoedingen en disciplinaire maatregelen aan te merken als arbeidsvoorwaarden althans (om heel precies te zijn) als art. 27 lid 2 WOR-onderwerp. De reden voor de schrapping van de onkostenregelingen en de disciplinaire straffen van het tableau van art. 27 WOR-onderwerpen, was, dat onkosten en disciplinaire straffen onderwerp van gesprek en onderhandeling dienen te zijn tussen de individuele werkgever en de individuele werknemer. Onkosten en straffen dienden geen onderwerp van een (collectieve) regeling te zijn.

1.16.1.2 Goed-werknemerschap en disfunctioneren

Dit verschil tussen onderwerp van collectieve regeling en onderwerp van individuele behandeling kan mijns inziens ook worden gebruikt voor het onderscheid tussen omstandigheden als bedoeld in het Taxi Hofman-arrest en arbeidsvoorwaarde(n) als bedoeld in art. 7:613 BW. De scheidslijn ligt dan niet alleen tussen individueel en collectief, maar ook, tussen arbeidsvoorwaarde(n) en omstandigheden op het werk. Deze laatste hebben betrekking hebben op de op het individu toegespitste en typisch op het individu toegesneden bijzonderheden als functie en werkplek. Wanneer dan vervolgens ook de hoogte van het loon aan de orde komt in de vorm van een voorstel tot verlaging van het loon, ten gevolge van een lagere functie, is dat meer het gevolg van het aanbod van die lagere functie dan het gevolg van een collectief getinte, althans voor meer werknemers geldende, wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden. Dat wil niet zeggen dat het verlagen van loon of het wijzigen van de werkplek als gevolg van disfunctioneren niet beoordeeld moeten worden als twee verschillende zaken. Het een (verlaging loon of het veranderen van werkplek) is niet zonder meer het gevolg van het ander¹⁷⁶, terwijl het bovendien ingrijpender is. Verlaging van het loon is alleen al daarom niet zonder meer het gevolg van disfunctioneren, omdat de werkgever ook kan besluiten het loon niet ineens te verlagen, maar in stapjes te verlagen of zelfs het loon niet te verlagen, maar gelijk te laten blijven. De reden om niet te verlagen kan van doen hebben met de aard van het disfunctioneren en met de oorzaken ervan (die niet aan de werknemer, dan wel niet aan de werknemer alleen, verwijtbaar zijn). Ver-

176 Zie evenwel de door H. Dammingh en E. Schoenmaker-Tijsseling in hun artikel Eenzijdige functiewijziging bij disfunctioneren: wanneer mag dat wel, wanneer niet?, *ArbeidsRecht* 2007, 44 aangehaalde Ktr. Lelystad, 2 februari 2005, LJV AS4887, die wel in elkaar schuift.

laging van loon is bovendien vrijwel de zwaarste van te treffen eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden (zie daarover 2.1 e.v.).

1.16.2 Ordevoorschriften

Terug naar de afbakening tussen arbeidsvoorwaarden en ordevoorschriften. Ondanks de hierboven ondernomen poging om de grenzen tussen arbeidsvoorwaarden en ordevoorschriften te trekken, is er toch nog soms twijfel mogelijk over het karakter van een tussen werkgever en werknemer geregeld onderwerp. Ordevoorschriften geven (zoals het onderdeel voorschriften in het woord, maar ook het onderdeel orde al aangeeft) uitvoering aan het, van het begrip arbeidsovereenkomst deel uitmakende, element van het gezag van de werkgever over de werknemer. Dat blijkt uit een ander woord voor ordevoorschriften, te weten het directierecht. Ordevoorschriften zijn bovenal een individueelrechtelijke invulling van de relatie tussen werkgever en werknemer. Desondanks is niet uitgesloten dat zij in een boven-individueelrechtelijke, lees collectiefrechtelijke, vorm verschijnen, in een reglement. Ondanks de afschaffing van het officiële arbeidsreglement in 1998, worden ordevoorschriften nog steeds aangetroffen in bedrijfsregelingen die onder allerlei benamingen voorkomen, zoals Handleiding of Handboek of Ondernemings-ABC of Personeels-gids.

Ordevoorschriften kunnen ook onderdeel uitmaken van de tussen werkgever en werknemer gesloten individuele arbeidsovereenkomst. De omstandigheid dat ordevoorschriften daarmee het karakter van afspraken lijken te krijgen, doet in beginsel niet af aan het karakter van de eenzijdigheid van deze voorschriften. Het karakter van het ordevoorschrift schuift wel langzaam op in de richting van arbeidsvoorwaarden. Zo kan het voorkomen dat ordevoorschriften vertaald worden als een in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen verplichting van de werknemer. Ook zo'n formulering doet niet af aan het karakter van ordevoorschriften.

Een voorbeeld is de CAO voor de Particuliere Beveiliging 2005-2007. Deze CAO bepaalt dat de werkgever ervoor verantwoordelijk is de werknemer een opleiding te geven, zodat deze in staat is zijn (toekomstige) functie uit te oefenen. De werknemer is verplicht de opleiding te volgen die de werkgever noodzakelijk acht op grond van wettelijke eisen of om zijn (lees: de werknemers) toekomstige functie goed te kunnen uitoefenen. De werknemer is verplicht deze opleidingen te volgen aan het instituut dat de werkgever aanwijst. Hij

moet instructies van het instituut nauwkeurig opvolgen en de werkgever periodiek op de hoogte houden van resultaten. Deze verplichtingen van de werknemer lijken, ook in de wijze waarop ze geformuleerd zijn, erg veel op ordevoorschriften. Daarnaast kent de CAO de regeling dat, indien de werkgever daarmee schriftelijk instemt, de werknemer op eigen verzoek een bedrijfstak- of bedrijfsopleiding kan volgen. Deze individuele afspraken over het volgen van opleidingen en de daaraan gepaard gaande kosten moeten in een schriftelijke studieovereenkomst vastgelegd worden. De CAO bepaalt verder dat de kosten van inschrijfgeld, lesgeld en examengeld voor een opleiding waartoe de werkgever de werknemer verplicht, door de werkgever worden betaald (tenzij ze op andere wijze worden vergoed). Ook in de tegenstelling tussen afspraken (studieovereenkomst) en voorschriften ('de werknemer is verplicht') zit een sterke aanwijzing dat de door de werkgever aangewezen opleidingen voorschriften ex art. 7:660 BW zijn. Nu kent de CAO ook de regel dat de werknemer de kosten van een verplichte opleiding moet terugbetalen, als de overeenkomst op zijn initiatief wordt beëindigd binnen een bepaalde periode of wanneer de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt ontbonden wegens een door de werknemer veroorzaakte gewichtige reden. Nog even afgezien van mogelijke interpretaties van wat een door de werknemer veroorzaakte gewichtige reden is, zit tussen de verplichting tot terugbetaling en de verplichting om een door de werkgever aangewezen opleiding te volgen een merkwaardige spanning. De opgelegde studie krijgt bijna het karakter van een verhindering om een andere baan te zoeken en krijgt daarmee het karakter van een non-zoekbeding. Het weigeren van een opleiding zal tot gevolg kunnen hebben dat de werkgever vermoedt dat de werknemer vertrekplannen heeft. De ondernemingsraad, die op grond van het bepaalde in art. 27 lid 1, aanhef en onder f WOR het instemmingsrecht heeft over een vaststelling van een regeling op het gebied van de personeelsopleiding, heeft door de exclusieve regeling in de CAO geen bevoegdheid. Het komt mij voor dat op het gebied van de (nog in de kinderschoenen staande) ontwikkeling van employability, verplichte opleidingen (in de vorm van ordevoorschriften) minder geschikt zijn dan tweezijdige opleidingsafspraken, ook over de kosten, in de loop van het dienstverband.

De vraag rijst of de omstandigheid dat (in een CAO) voor een bepaalde vorm gekozen is, uitmaakt voor het antwoord op de vraag of sprake is van een ordevoorschrift of een arbeidsvoorwaarde. Het zal m.i. telkens moeten gaan om de beoordeling van de concrete situatie en

een uitleg van de concrete afspraken. Een ordevoorschrift kan in een overeenkomst worden neergelegd zonder het karakter van een ordevoorschrift te verliezen en een afspraak of overeenkomst over bepaalde omstandigheden op het werk behoeft op haar beurt nog geen arbeidsvoorwaarde te zijn. In een enkel geval wordt het woord 'omstandigheden' vervangen door 'afspraken'.¹⁷⁷ Individuele afspraken liggen dicht bij (individuele) arbeidsvoorwaarden. Het is evenwel niet juist om de (gewijzigde) omstandigheden op het werk gelijk te stellen met gemaakte individuele afspraken daarover en vervolgens deze afspraken, enkel doordat een afspraak is gemaakt, tot arbeidsvoorwaarde(n) te verheffen.

1.16.3 *Faciliteit*

Naast de discussie over de afbakening tussen ordevoorschrift en arbeidsvoorwaarde is er ook nog het debat over het onderscheid tussen arbeidsvoorwaarde en faciliteit. De faciliteit lijkt model te staan voor de eenzijdig en niet meerzijdig door de werkgever, onverplicht, ter beschikking gestelde modaliteit. Een rol lijkt dan te gaan spelen of het vertrouwensbeginsel van toepassing is, zodat telkens beoordeeld zou moeten worden of de werknemer het aanbod van de werkgever redelijkerwijs, onder de gegeven omstandigheden, heeft mogen opvatten als een arbeidsvoorwaarde. Mijns inziens is een arbeidsvoorwaarde niet altijd per definitie onderwerp van een geslaagde meerzijdige verbintenis. Ook art. 1 van de Wet CAO gaat daar vanuit door te spreken over regelen en in acht nemen. Niet snel mag daarom worden aangenomen dat een faciliteit geen arbeidsvoorwaarde is. Wanneer een geldelijke waarde kan worden toegekend aan een faciliteit is zij mijn inziens al een arbeidsvoorwaarde. Een uitzondering kan bijvoorbeeld zijn de jaarlijkse boterletter bij Sinterklaas, het kerstgeschenk, het naar het huisadres van de werknemer verzonden ondernemingsbulletin en het geschonken voetbalkaartje.¹⁷⁸

1.16.4 *Goed-werknemerschap en overgang van onderneming*

Sommige arbeidsvoorwaarden zijn zeer bedrijfsgebonden. Een voorbeeld is de korting op bank- en verzekeringsproducten. Zo kan het

177 Gerechtshof 's Hertogenbosch, 28 februari 2006, rolnr. C0400175/BR, r.o. 7.4.5., niet gepubliceerd.

178 Zie Ktr. Utrecht, 5 september 2007, rolnr. 492121 CU EXPL, niet gepubliceerd.

personeel van ING korting krijgen op een geldlening (waaronder een hypothecaire lening) en deze arbeidsvoorwaarde is een product uit eigen bedrijf waardoor zij (binnen bepaalde grenzen) door de fiscus niet als loon in de zin van de Wet op de loonbelasting wordt aangemerkt. De overgang (in het kader van een overgang van onderneming ex art. 7:662 e.v. BW) van zo'n korting zal als 'branchevreemd' kunnen worden aangemerkt en in dat geval zal de korting wel als loon worden aangemerkt en in de heffing worden betrokken.

De eerste vraag luidt of deze zogenoemde personeelsfaciliteiten in het kader van overgang van onderneming aangemerkt moeten worden als een verplichting in de zin van art. 7:663 BW. Het gerechtshof in 's Hertogenbosch¹⁷⁹ merkt de personeelsfaciliteiten aan als een verplichting.

Een andere vraag is of bepaalde plichten zoals personeelsfaciliteiten, aandelenopties en winstdelingsregelingen, wanneer is vastgesteld dat zij wel een plicht in de zin van art. 7:663 vormen, onverkort over kunnen gaan in het kader van een overgang van onderneming. Het meer genoemde hof in Den Bosch is van oordeel dat de EG-richtlijn en art. 7:663 e.v. BW tot een strikte toepassing nopen en dat de verplichtingen overgaan. Maar het hof merkt meteen op dat de overnemer, Astron, het kortingproduct niet zelf voert en derhalve ook niet aan de overgenomen verplichting 'naar de letter ervan' kan voldoen. Het hof is van oordeel dat de vorderingen van de werknemers die erop gericht zijn nakoming van die verplichting af te dwingen, bij gebreke van belang niet kunnen worden toegewezen. Wel vormt dit een tekortkoming aan de zijde van de nieuwe werkgever, aldus nog steeds het hof, maar de gevolgen daarvan zijn in het geding – dat alleen ziet op nakoming – niet aan de orde gesteld. Met betrekking tot de winstdelingsregeling oordeelt het hof dat door de werknemers geen vordering is ingesteld die gebaseerd is op vergoeding van schade als gevolg van de tekortkoming en dat daarom partijen met elkaar in overleg moeten treden om een oplossing na te streven. Ten aanzien van de aandelenopties stelt het hof dat het onverkort vorderen van nakoming op gespannen voet staat met de verplichting van de werknemer zich als een goed werknemer te gedragen. Het hof maakt daar veel op verderop in het arrest (r.o. 4.7.) nog een opmerking over. Ik citeer thans: 'Het hof stelt volledigheidshalve vast dat gesteld noch gebleken is dat partijen een wijzigingsbeding als bedoeld in art.

179 Gerechtshof 's Hertogenbosch, 17 juli 2007, JAR 2007/211.

7:613 BW zijn overeengekomen. Niet valt uit te sluiten dat onder bijzondere omstandigheden het overeenkomstig de hiervoor genoemde dwingende regelgeving vorderen van nakoming van overgedragen rechten in strijd komt met de op de werknemer ingevolge art. 7:611 BW rustende verplichting zich als een goed werknemer te gedragen, maar het ligt – voorlopig oordelend – voor de hand aan te nemen dat daarvan eerst sprake zal zijn indien het overeenkomstig EG richtlijn en het bepaalde in art. 7:663 e.v. BW vorderen van nakoming van bepaalde arbeidsvoorwaarden gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is’.

Deze intrigerende laatste zin loopt nodig uit tot enig commentaar.

Allereerst stel ik vast dat het lijkt alsof het hof onvoldoende scherp onderscheid maakt tussen de overgang enerzijds en de gevolgen van de overgang anderzijds. Door de verplichtingen die ten gevolge van overgang van onderneming van rechtswege op de overnemer overgaan te koppelen aan het eenzijdige-wijzigingsbeding van art. 7:613 BW of, indien zo’n beding ontbreekt, aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid of het goed werknemerschap, haalt het hof mijns inziens beide te scheiden onderwerpen door elkaar. Als het hof onbedoeld heeft aan willen nemen dat tengevolge van de bijzondere problematiek van de zaak (de moeilijke of zelfs niet overdraagbare personeelsfaciliteiten) de eenzijdige wijziging door de overnemer van de door hem overgenomen verplichtingen al vrij snel of zelfs meteen na de overgang zal mogen plaatsvinden, dan heeft het hof dat wat onhandig geformuleerd. Mijns inziens blijft het scheiden van wat overgaat (enerzijds) en wat daarna veranderd mag worden (anderzijds), ook vanwege de zuiverheid, van groot belang.

Op de tweede plaats valt op dat het hof het goed-werknemerschap naast de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid plaatst. De vraag is of het hof bedoeld heeft het goed-werknemerschap niet te zien als de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, maar als de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, zodat goed-werknemerschap eigenlijk had moeten worden ingevuld met de woorden ‘dat het naar maatstaven van goed-werknemerschap onaanvaardbaar is dat de werknemers nakoming vorderen van hun rechten uit de overgang’. Het is evenwel niet nodig om de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid te gebruiken, omdat het niet onaanvaardbaar is om nakoming te vorderen. De rechter heeft immers de mogelijkheid vast te stellen dat het niet mogelijk is om na te komen, dan wel te overwegen dat een eenzijdige wijziging door de

werknemer zou moeten worden aanvaard. Wanneer dan geen eenzijdige-wijzigingsbeding door de overdrager met de werknemers is overeengekomen, heeft ook de overnemer dat recht (of die bevoegdheid) niet (door de overgang). Dan zou, bij gebreke van een eenzijdige-wijzigingsbeding, de werkgever aannemelijk moeten maken dan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat niet wordt gewijzigd. Dat is iets anders dan wat het hof doet, namelijk bij de werkgever de taak neerleggen aannemelijk te maken dat de werknemers onaanvaardbaar handelen door nakoming te vorderen.¹⁸⁰

1.16.5 *Samenvatting goed-werknemerschap*

Kort de paragrafen 1.18 en 1.19 samenvattend kom ik tot de volgende conclusie. De norm van het goed-werknemerschap zal slechts gebruikt moeten worden in individuele gevallen met individuele omstandigheden. Indien tussen werkgever en werknemer op individuele basis verschil van mening of onenigheid bestaat over de wijze waarop de werknemer functioneert (en waarop deze de arbeidsovereenkomst in meer algemene termen uitvoert), dan kan het goed-werknemerschap, immer in combinatie met goed-werkgeverschap, een nuttige functie vervullen. Het goed-werknemerschap speelt geen rol bij de wijziging van collectieve arbeidsvoorwaarden. Indien een eenzijdige-wijzigingsbeding aanwezig is, is de norm van art. 7:613 BW van toepassing. Indien geen eenzijdige-wijzigingsbeding tussen partijen overeengekomen is, geldt de van oorsprong zo bedoelde, zware maatstaf van de onaanvaardbaarheid uit art. 6:248 lid 2 BW.

1.17 Goed-werkgeverschap (na 1998)

1.17.1 *Goed-werkgeverschap, functie en functioneren*

Alhoewel het lijkt alsof goed-werkgeverschap door de ontwikkeling van het goed-werknemerschap wat op de achtergrond is gedrongen, komt het, impliciet of expliciet, nog steeds voor in de rechtspraak

180 Zie ook M.P. van Broeckhuijzen en W.C.M. Broersma, Outsourcing: een rechtvaardiging voor wijziging van arbeidsvoorwaarden, *ArbeidsRecht* 2007, 52, die menen dat door 's hofs oordeel de verkrijgende onderneming toch enig houvast wordt geboden.

over wijzigingen in de arbeidsovereenkomst.¹⁸¹ Daaronder vallen ook wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden, zij het dat juist de vraag of er (typisch) sprake is van arbeidsvoorwaarden veelal niet duidelijk uit de verf komt. De maatstaf van art. 7:611 BW luidt dat de verplichting op de werkgever en de werknemer rust om zich over en weer als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen. Dat 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 dat de werknemer dergelijke voorstellen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.¹⁸² Het betekent voor de werkgever, in meer algemene termen, dat hij zich redelijk en billijk, zorgvuldig en voorspelbaar gedraagt en, in meer specifieke gevallen, zoals bij loonsverlaging na een verlaging in functie of bij wijziging van werklocatie en werkplek, als goed werkgever.

De norm van het goed-werkgeverschap, gebroederlijk met die van het goed-werknemerschap, zoals art. 7:611 BW ook bepaalt, is voor bepaalde vraagstukken zeer goed benutbaar. Met name valt te denken aan de invulling van de functie en het functioneren van de werknemer. De houding van de werknemer is daarbij van belang, zoals het Taxi Hofman-arrest ook benadrukt. Het maakt daarbij verschil of de arbeidsovereenkomst de functie breed of smal (eng) beschrijft. Een beschrijving van de functie in termen waarin de werknemer geacht wordt zich breed in te zetten en allerlei functies moeten vervullen, is een andere dan een waarin een werknemer concreet, in een nauwgezet omschreven en afgebakende en benoemde functie, wordt aangesteld. Verder is van belang of er omtrent het functioneren al reële klachten waren of dat het functioneren onbesproken was. Voorts kan een rol spelen of de wijziging van de functie verband houdt met het aanbod van andere passende werkzaamheden in het kader van arbeidsongeschiktheid, waarbij mede belang toekomt aan het antwoord op de vraag of de arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door het werk en ander werk geïndiceerd is. Ook is van belang in hoeverre het ander werk aansluit bij de ervaring en opleiding van de werknemer. Indien de werknemer de aan te bieden functie in het verleden al eerder heeft

181 Zie bijv. Ktr. Zaandam, 16 januari 2006, JAR 2006/296.

182 HR 26 juli 1998, NJ 1998, 767 (Taxi Hofman-Van der Lely).

verricht, kan dit een relevante factor zijn. Verder is niet uitgesloten dat ook de tijdelijkheid dan wel de permanentie van het aanbod van belang is. En ten slotte is ook de houding van de werknemer van belang. De aanvullende redelijkheid en billijkheid en het aanvullende goed-werknemerschap slaat immers ook op de subjectieve houding van de werknemer tegenover voorstellen van de werkgever: een houding in onderhandelingen, die inhoudt dat de werknemer op redelijke voorstellen van zijn werkgever, welke deze hem doet in verband met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan. De attitude behoort niet te zijn: ik laat het wel op mij afkomen of ik zie wel wat hij aanbiedt, ik sta sterk en stel mij op het standpunt: je praat maar, ik blijf erbij dat ik weer gewoon op mijn oude plek, voor hetzelfde werk als voorheen, aan de slag mag.

De bijzondere regeling, in art. 7:629 BW, art. 7:658a en 658b BW en art. 7:660a BW, van de reïntegratie van de arbeidsongeschikte werknemer vormt een uitwerking van het goed-werkgeverschap in combinatie met goed-werknemerschap. De werkgever is gehouden de arbeidsongeschikte werknemer gedurende twee jaar loon door te betalen. De werkgever bevordert de inschakeling van de arbeidsongeschikte werknemer in de arbeid in zijn bedrijf of een ander bedrijf. De werkgever stelt een plan van aanpak op, in overeenstemming met de werknemer. Daartegenover staat dat de werknemer door zijn toedoen de genezing niet dient te belemmeren of te vertragen en, als hij daartoe in staat is, passende arbeid moet aanvaarden. De werknemer dient mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van het plan van aanpak. Bovendien dient de werknemer mee te werken aan door de werkgever (of door een hem aangewezen deskundige) gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die erop gericht zijn om de werknemer in staat te stellen passende arbeid te verrichten. De omstandigheid dat de werkgever bevoegd is het loon op te schorten voor de tijd gedurende welke de werknemer zich niet houdt aan door de werkgever schriftelijk gegeven redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen, maakt niet dat reïntegratie en de daaraan soms inherente wijziging van functie en zelfs loon, een arbeidsvoorwaarde wordt.

Zowel na een wijziging van de functie ten gevolge van arbeidsongeschiktheid als wanneer de werknemer anderszins minder functioneert, kan aanpassing van het tot dusverre normaal betaalde, maar, gelet op de verandering in het werk te hoge, loon plaatsvinden. Mede daarop slaat mijns inziens de toevoeging van de Hoge Raad dat, ook

als de gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen, een positieve grondhouding van de werknemer vereist is.

Dat kan betekenen dat uiteindelijk in de individuele relatie tussen werkgever en werknemer een ingrijpende wijziging in functie en loon door de werknemer in bepaalde gevallen zal moeten worden geaccepteerd¹⁸³. Een loonsverlaging ten gevolge van functieverlaging wordt niet alleen met goed-werknemerschap beoordeeld, maar ook met de maatstaf van goed-werkgeverschap. Een voorbeeld vormt de uitspraak van de kantonrechter in Zutphen.¹⁸⁴

In het zestiende jaar van zijn dienstverband met (de rechtsvoorganger van) TPG is de werknemer, getooid met de fraaie naam Plijter, in 1986, benoemd tot hoofdbesteller met inschaling op niveau 6. Twee jaar later, in 1988 vervalt deze functie. Een sollicitatie naar de functie van groepsleider loopt niet goed af. De werkgever acht het niet langer verantwoord de werknemer te belasten met een leidinggevende functie in de nieuwe organisatie. Aan Plijter wordt een functie in de uitvoerende dienst aangeboden. Tot 1992 is de werknemer stafmedewerker en in 1992 krijgt hij de functie van werkbegeleider op schaalniveau 4. In 1994 krijgt de werknemer bericht dat per half 1995 zijn op schaal ingedeelde 4 functie van werkbegeleider vervalt. Een voorstel wordt gedaan tot loonbevriazing totdat een maximum van schaal 4 is bereikt, terwijl hij zou worden belast met een functie op niveau 3, maar deze brief wordt weer ingetrokken. De werknemer gaat de functie van postbode (schaal 2/3) vervullen en krijgt op dat functioneren als postbode kritiek. Hem wordt medegedeeld dat tussen het aan hem betaalde salarisniveau en zijn huidige functie een 'onoverkoombare discrepantie' zit. De werkgever is dan van plan om het huidige salarisniveau in vier jaar in stappen van 25 procent af te bouwen naar het salaris van schaal 4.

Plijter bepleit dat dit voornemen in strijd is met goed-werkgeverschap, te meer nu bij TPG meer gevallen van te hoge betaling in verhouding tot het werkniveau voorkomen. TPG heeft zich beroepen op het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid en subsidiair op de redelijkheid en de billijkheid.

183 Zie Ktr. Rotterdam, 17 februari 2005, JAR 2005/91 en Ktr. Terneuzen 19 mei 2004, JAR 2004/157. Tegenovergestelde uitkomst: Ktr. Eindhoven, 25 mei 2004, JAR 2004/139.

184 Kantonrechter Zutphen, 27 april 2004, JAR 2004/127.

De kantonrechter overweegt dat het algemene beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid niet op wet of verdrag berust zodat de vraag of een eenzijdige salarisaanpassing op basis van dat beginsel door de beugel kan, beantwoord dient te worden naar de maatstaf van goed-werkgeverschap waarnaast voor toetsing aan de redelijkheid en billijkheid geen plaats is.

Verder overweegt de kantonrechter dat het enkele feit dat TPG de werknemer jarenlang boven zijn functieniveau heeft betaald en niet eerder een salarisaanpassing doorgevoerd heeft, niet betekent dat de werkgever dat als goed werkgever op geen enkele wijze meer zou kunnen. De werknemer is immers door dit verzuim niet benadeeld (integendeel) en het enkele feit van doorbetaling scheidt geen rechtens te respecteren verwachtingen dat dit in de toekomst ook altijd zo zal blijven. Wel kan een langdurige betaling boven het functieniveau een werkgever noodzaken om na overleg met de werknemer een redelijke afbouwregeling te treffen.

Het door de werknemer aangehaalde geval van een collega postbode die ook nog steeds naar schaal 6 betaald wordt, betrof een collega die nog slechts twee jaar voor zijn pensioen zat, terwijl Plijter er nog minimaal zes jaar heeft te gaan, zodat de gevallen niet gelijk zijn.

Uit deze uitspraak blijkt overigens dat weliswaar alleen de maatstaf van het goed-werkgeverschap wordt genoemd, maar dat niet alleen goed-werkgeverschap aan de orde was. De werknemer diende immers het redelijke voorstel van de werkgever, dat ook een afbouwregeling kende (zie 2.13), redelijkerwijs te aanvaarden.

Met een zekere regelmaat komt in dit verband ook een voorstel van de werkgever tot herplaatsing en wijziging van locatie voor, vaak na een reorganisatie¹⁸⁵. De uitwerking en uitvoering van een sociaal plan, waarin de gevolgen van het vervallen of wijzigen van een functies wordt geregeld, kan evenzeer worden beheerst door goed-werknemerschap. Daar ligt mijns inziens de waarde van het arrest Guitoneau tegen Midnettax, omdat al in de fase vóór de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van een opzegging het goed-werknemerschap een rol kan spelen bij het aanbod van de voorzieningen

185 Zie o.a. Ktr. Utrecht, 21 april 2004, JAR 2004/126; Ktr. Middelburg, 17 april 2003, JAR 2003/120; Ktr. Hoorn, 22 februari 2002, JAR 2002/71.

en het andere passende werk als bedoeld in art. 7:681 aanhef en onder b BW.

1.17.2 *Goed-werkgeverschap en ontbinding*

Goed werkgeverschap komt impliciet, vaak zonder met zoveel woorden genoemd te worden, ook voor bij de invulling van de maatstaf uit art. 7:685 BW, dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst regelt wegens veranderingen in de omstandigheden die billijkheidshalve spoedig tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden. De invulling van het begrip ‘billijkheidshalve’ is de kapstok waaraan goed-werkgeverschap, of de tegenpool, slecht werkgeverschap, wordt gehangen.¹⁸⁶

1.18 Instemming (na 1998)

In hoofdstuk 1.3. is geconstateerd dat tot ver in de jaren negentig (van de vorige eeuw) nog gewezen wordt op de noodzakelijke instemming van de werknemer met een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Na de invoering van art. 7:613 BW is instemming van de werknemer met een wijziging of met elke toekomstige wijziging niet meer nodig. Strikt genomen is ook de instemming van de werknemer met een eenzijdige-wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst niet nodig, zij het dat de werkgever dan een zichtbaar lastigere taak krijgt bij zijn pogingen de wijziging eenzijdig door te voeren, omdat hij niet het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW, maar de in art. 6:248 lid 2 BW gelegen onaanvaardbaarheid van de continuering van de te wijzigen regeling zal moeten aanvoeren en bewaarheden.

Instemming aan de totstandkoming van een eenzijdige-wijzigingsbeding, maar ook aan een wijziging van een enkele arbeidsvoorwaarde, kan door de werknemer gegeven zijn, terwijl de wil daartoe afwezig was vanwege een wil discrepantie of een wilsgerek. Dat komt een enkele keer voor in de rechtspraak.¹⁸⁷

Door de werknemer zou aangevoerd kunnen worden dat het eenzijdige-wijzigingsbeding tot stand is gekomen door misbruik van omstan-

¹⁸⁶ Een niet verder hier uitgewerkt voorbeeld is Ktr. Delft, 16 december 2000, JAR 2001, 71.

¹⁸⁷ Zie ktr. Gouda d.d. 28-9-2006, RAR 2007,8, besproken in paragraaf 2.5.9.

digheden (onervarenheid of afhankelijkheid) of een van de andere in art. 3:44 BW (en 6:228 BW) genoemde gronden. Zou het wilsgebrek worden gehonoreerd vanwege misbruik van omstandigheden, dan doet zich daarna de vraag voor wat de toets is voor het antwoord op de vraag wanneer de werkgever een wijziging voorstelt die het nadeel voor de werknemer op afdoende wijze opheft (ingevolgt art. 3:54 BW). Zou dan een voorstel van de werkgever tot opheffing van het nadeel moeten zijn dat de werkgever op zich neemt om voortaan niet de norm van het zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW, maar de onaantvaardbaarheid van art. 6:248 lid 2 BW aan te tonen bij elke toekomstige wijziging in de arbeidsvoorwaarden? Dat lijkt geen begaanbare weg. Er is een tussenweg, in de vorm van de toepassing van art. 6:258 BW en de daarin geregelde *imprévision*, maar die weg is niet aan te bevelen (zie hoofdstuk 1.14). Ik zie dus geen oplossing voor de opheffing van het nadeel in het geval het hele eenzijdige-wijzigingsbeding vernietigd wordt wegens een licht¹⁸⁸ wilsgebrek.

Ditzelfde geldt voor het geval het wilsgebrek aanwezig blijkt te zijn op grond van dwaling. Ook bij dwaling kan de tegenpartij immers zo'n oplossing als bij misbruik van omstandigheden voorstellen (ingevolgt art. 6:230 BW).

Voor echte, ongeconditioneerde, vernietigbaarheid blijven dan nog de zware en bij de totstandkoming van een eenzijdige-wijzigingsbeding niet snel aannemelijke wilsgebreken bedreiging en bedrog over.

Het bovenstaande kan weer anders zijn, wanneer niet een wilsgebrek wordt aangevoerd bij de totstandkoming van het eenzijdige-wijzigingsbeding, maar bij de totstandkoming van een afspraak over een enkele arbeidsvoorwaarde. Daar is (meestal) geen schriftuur voor vereist, terwijl denkbaar is dat onervarenheid of afhankelijkheid een rol kan spelen. Een denkbaar voorbeeld zou kunnen zijn dat zich een wilsgebrek voordoet in de situatie dat bij verlaging van functie ook (tegelijktijd) een vermindering van het loon wordt overeengekomen (zie 1.16.1.2.).

Mede door de eis van schriftelijkheid zal minder snel een geschil kunnen ontstaan over de vraag of het de werknemer duidelijk was dat hij een eenzijdige-wijzigingsbeding met de werkgever overeenkwam.

188 De lichte, want corrigeerbare, wilsgebreken zijn dwaling en misbruik van omstandigheden, de zware wilsgebreken zijn bedrog en bedreiging die geen mogelijkheid tot opheffing van het nadeel kennen.

Beroept de werknemer zich evenwel toch erop dat geen eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen, dan zal moeten worden teruggeprent op het vertrouwensbeginsel van art. 3:35 BW.

Ten slotte is – zijdelings – nog aan de orde of het mogelijk is de instemming van de werknemer maar ook de toets van het zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW te omzeilen door de bevoegdheid om de arbeidsvoorwaarde te wijzigen de vorm te geven van een ontbindende voorwaarde. Kan, anders gezegd, de werkgever bijvoorbeeld in de arbeidsovereenkomst de ontbindende voorwaarde opnemen dat de werknemer geen lease-auto meer toekomt op het moment dat hij langer dan een of twee maanden ononderbroken arbeidsongeschikt is wegens ziekte? Niet uit te sluiten valt dat, vanwege de scherpe norm in art. 7:613 BW zelfs meer nog dan bij de (beschermende) bepalingen van het ontslagrecht¹⁸⁹, een ontbindende voorwaarde nietig is. De scherpste van de norm betreft niet alleen de zwaarte (zwaarwichtige belangen), maar ook het vereiste dat ieder keer de zwaarwichtigheid dient te worden aangetoond, wat bij een ontbindende voorwaarde niet meer gebeurt. Een objectieve zwaarwichtigheid van belangen lijkt me moeilijk construeerbaar, nu immers ook het nadeel van de werknemer telkens concreet moet worden gewogen.

1.19 Eindconclusie hoofdstuk 1

De eindconclusie moet luiden dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet één van de drie toetsen is die, tezamen met het zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW en het goed werknemerschap ex art. 7:611 BW, onderling uitwisselbaar is. Art. 6:248 lid 2 BW kent de nog altijd zware maatstaf van onaanvaardbaarheid, in de zin van onbetamelijkheid. Deze zware toets dient door de rechter te worden aangelegd, indien een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbreekt. Daarvoor is de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ook geschreven.

Het zwaarwichtige of zwaarwegende belang, dat naar de bedoeling van de werkgever alleen wordt gebruikt als er tussen werkgever en werknemer een eenzijdige-wijzigingsbeding is afgesproken, dient

189 HR 13 februari 1998, NJ 1998, 708 m. nt. PAS en JAR 1998/72.

geen rol te spelen wanneer er geen eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen.

Het goed-werknemerschap, ingevolge het bepaalde in art. 7:611 BW, komt bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding al helemaal niet aan de orde en is, geplaatst tegenover de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, hooguit een variant op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, overigens (vrijwel) altijd tezamen met het alter ego: het goed-werkgeverschap (zie 1.15.1).

Het onderscheid tussen de aanvullende en beperkende werking is in dit verband scherp. Indien immers door de werkgever met zijn werknemer geen eenzijdige-wijzigingsbeding gesloten wordt, zal de wijziging van een onderdeel van de arbeidsovereenkomst strenger beoordeeld moeten worden dan zonder het bestaan van een wijzigingsbeding. De norm die derhalve bij de eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde wordt aangelegd, te weten de zwaarwichtige reden, dient verzwaaard te worden, wanneer de werkgever geen eenzijdige-wijzigingsbeding met de werknemer is overeengekomen. Niet de norm van goed-werknemerschap, maar een terugrijpen 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 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.

De *imprévision* speelt nog een zeer beperkte rol (zie 1.14.3) Wanneer strikt de hand gehouden wordt aan de plaats van de *imprévision*, zoals door de wetgever bedoeld en in de parlementaire geschiedenis van het NBW weergegeven, dan dient zij nog steeds gezien te worden als de buitengrens van art. 6:248 lid 1 BW (de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid). Hoewel de formulering van *imprévision*, te weten dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht, dicht bij die van onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid lijkt te staan, zijn de onvoorziene omstandigheden dus toch de zwaarste norm voor de toepassing van de aanvullende redelijkheid en billijkheid. De *imprévisionsregel* is nodig om een

bestaand contract aan te vullen, maar niet om de overeenkomst te wijzigen, nu toepassing van een geldende regel uit die overeenkomst onder omstandigheden onaanvaardbaar is. Denkbaar zou zijn dat de norm van art. 6:258 BW nog een plaats zou kunnen krijgen bij de invulling van het begrip zwaarwichtig belang ingevolge art. 7:613 BW, en dan met name in die gevallen waarin niet een CAO of een ondernemingsovereenkomst een zekere invulling geeft aan het zwaarwichtig belang. Indien de werkgever niets met vakbond of ondernemingsraad heeft afgesproken, maar zelf, zonder enig overleg of na mislukt overleg, eenzijdig de arbeidsvoorwaarden wil wijzigen, zou de norm van art. 6:258 BW (de – kort gezegd – bijna onmogelijk nog langer uitvoerbare ongewijzigde instandhouding) een rol kunnen spelen.

En voor het overige blijft mijns inziens voor de *imprévision* alleen een rol over wanneer de werkgever een vordering instelt op de expliciete grond van de *imprévision* en de rechter zich in beginsel genoodzaakt ziet om die aangevoerde norm dan ook in die dagvaardingsprocedure toe te passen.¹⁹⁰ De vorderingsgrondslag zou ook kunnen worden aangepast, omdat zonder een eenzijdige-wijzigingsbeding een zwaardere norm (art. 6:248 lid 2 BW) geldt en met een eenzijdige-wijzigingsbeding een lichtere, te weten het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW.

De invulling van het zwaarwichtig belang vindt, naar de bedoeling van de wetgever, allereerst plaats door te kijken naar de veroorzaker van de noodzaak tot verandering van de regeling, waarvan de werkgever aan de individuele werknemer wijziging voorstelt. Is die veroorzaker een CAO of een ondernemingsovereenkomst? Een met (representatieve) bonden overeengekomen CAO geeft in beginsel een zwaarder gewicht dan een met de ondernemingsraad overeengekomen wijziging van de regeling. Is de wijziging van de regeling niet met de vakbonden overeengekomen in het kader van een CAO en ook niet met de OR, dan zou *imprévision* nog een rol kunnen spelen.

Bij de verdere ontwikkeling van de norm van het zwaarwichtig belang kan ook nog met een schuin oog gekeken worden naar de toets van het zwaarwegend belang uit art. 27 van de WOR en art. 2 van de

190 De vordering tot wijziging van een (arbeids)overeenkomst behoeft niet – verplicht – ingesteld te worden voordat toepassing van de aanvullende of de beperkende redelijkheid en billijkheid aan de orde kan komen.

WAA. In deze laatste worden concrete maatstaven genoemd en uitgewerkt. Dat geldt in mindere mate voor art. 27 WOR, dat slechts gewag maakt van zwaarwegende bedrijfseconomische, bedrijfssociale en bedrijfsorganisatorische redenen.

Goed-werknemerschap en goed-werkgeverschap zijn, gebroederlijk, zoals het ook in het nieuwe art. 7:611 BW bedoeld is, zeer bruikbaar in die gevallen waarin wijzigingen in de individuele arbeidsovereenkomst plaatsvinden of hebben plaatsgevonden, die betrekking hebben op de omstandigheden op het werk, zoals de werkplek en de functie (zie I.19). Goed-werknemerschap in nauw verband met goed-werkgeverschap speelt een belangrijke rol bij reïntegratie van de arbeidsongeschikte werknemer.

De norm van het goed-werknemerschap zal slechts gebruikt moeten worden in individuele gevallen. Indien tussen werkgever en werknemer op individuele basis verschil van mening of onenigheid bestaat over de wijze waarop de werknemer functioneert (en waarop deze de arbeidsovereenkomst in meer algemene termen uitvoert), dan kan het goed-werknemerschap, immer in combinatie met goed-werkgeverschap, een nuttige functie vervullen. Het goed-werknemerschap speelt geen rol bij de wijziging van collectieve arbeidsvoorwaarden. Indien een eenzijdige-wijzigingsbeding aanwezig is, is de norm van art. 7:613 BW en niet die van art. 7:611 BW van toepassing. Indien geen eenzijdige-wijzigingsbeding tussen partijen overeengekomen is, geldt de van oorsprong zo bedoelde, zware maatstaf van de onaanvaardbaarheid uit art. 6:248 lid 2 BW en niet de lichtere van lid 1 van art. 6:248 BW.

Hoofdstuk 2

Lijn in de rechtspraak?

In het eerste deel van dit onderzoek is geconcludeerd dat de maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid niet onderling uitwisselbaar dient te zijn met de toetssteen van het zwaarwichtig belang of het goed-werknemerschap, maar een geheel eigen functie dient te vervullen, zoals ook oorspronkelijk bedoeld was. De norm van het zwaarwichtig belang is daardoor weer belangrijker geworden en weer terug op het niveau van voorheen, te weten de (belangrijkste) maatstaf voor beoordeling van de wijziging van arbeidsvoorwaarden, indien (overigens) in de verhouding tussen werkgever en werknemer een eenzijdige-wijzigingsbeding (is overeengekomen en dus) bestaat.

In het tweede deel van dit boekwerkje zal aandacht besteed moeten worden aan het antwoord op de vraag of de toepassing van slechts één norm, te weten het zwaarwichtig belang, waarvoor het belang van de werknemer (dat door de wijziging wordt geschaad) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken, niet tot allerlei problemen aanleiding geeft, omdat een keur van onderwerpen zoals loonsverlaging, arbeidstijdwijziging, veranderingen in onkostenvergoedingen e.d. allemaal met diezelfde norm moeten worden opgelost. Dat vraagt om problemen. Mijns inziens kan dat meevallen. Immers bij de beoordeling van het zwaarwichtig belang speelt ook een rol of de wijziging verband houdt met afspraken tussen werkgever(s) en vakbond(en) in een CAO, of van een door de ondernemer/werkgever met de ondernemingsraad gesloten ondernemingsovereenkomst. Bovendien kan met het, nog te weinig gebruikte, onderdeel van de norm van het zwaarwichtig belang, te weten dat de belangen van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken voor dit zwaarwichtig belang van de werkgever, inhoud gegeven worden aan het verschil tussen bijvoorbeeld loonsvermindering als een zware vorm van eenzijdige wijziging enerzijds en het verminderen van de bijdrage aan het abonnement op een mobiele telefoon anderzijds.

Voordat een begin van oplossing geboden kan worden, zal eerst studie moeten worden gemaakt van de verschillende rechterlijke uitspraken over de in zwaarte aflopende wijzigingsonderwerpen. Hieronder zal een analyse volgen van verscheidene rechterlijke uitspraken. Begonnen zal worden met uitspraken over loon en de diverse varianten op loon als bonus, provisie e.d., waarna rechtspraak over arbeidsduur en arbeidstijd zal volgen. Dan volgt jurisprudentie over vervoersregelingen, kinderopvang en de Zorgverzekeringswet. Afgesloten wordt met een poging om lijnen te trekken.

2.1 Loon

2.1.1 *Basaal loon*

De eenzijdige wijziging van het loon, zonder dat er een bijzondere reden is (zoals disfunctioneren¹⁹¹ en arbeidsongeschiktheid¹⁹²) of omdat het beloningsniveau in het algemeen te hoog wordt ervaren, komt in de door mij onderzochte rechtspraak niet voor.¹⁹³ Kennelijk wordt dit terrein geheel door de CAO's beheerst.

2.1.2 *Loon in de vorm van omzet*

De hoogte van het loon kan worden bepaald in de vorm van een deel van de omzet. Dit komt bij voorbeeld voor bij vele fysiotherapeuten in loondienst. De kantonrechter te Amersfoort¹⁹⁴ diende een oordeel te geven over een door vier werknemers aangekaarte verlaging van het loon door verlaging van de norm voor de omzet.

Vier fysiotherapeuten, in loondienst, kennen een bepaling in hun arbeidsovereenkomst over de opbouw van hun salaris. Grondslag voor de berekening van het aan de werknemer toekomende salaris zijn de door de werknemers in dienst van de werkgever verrichte behandelingen, met dien verstande dat de totale loonkosten voor de werkgever 65,3% bedragen van de door de werknemer zelf

191 Zie daarover 1.16.1.2.

192 Zie daarover 1.17.1.

193 Natuurlijk kan er mij onbekende niet-gepubliceerde rechtspraak zijn en kan ik wat over het hoofd hebben gezien.

194 Ktr. Amersfoort, 1 juni 2005, JAR 2005/158.

gerealiseerde omzet van ziekenfondsverzekerden en particulier verzekerden. Het percentage wordt bepaald door het te verlonen percentage onder aftrek van het kortingspercentage volgens de vastgelegde taakverdeling. Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing de (minimum-)CAO voor de Vrijgevestigde Fysiotherapeuten (CAO VF). Art. 7 van deze CAO bepaalt dat, als de fysiotherapeut werkzaam is op basis van een variabel salaris, een korting wordt toegepast op het te verlonen normpercentage. Deze korting houdt verband met de omstandigheid dat in een samenwerkingsverband van fysiotherapeuten bepaalde taken, zoals de volledige financiële administratie en de patiëntenadministratie en patiëntenregistratie niet meer door elke fysiotherapeut zelf hoeft te worden uitgevoerd.

Vanaf 1 februari 2005 zijn in het kader van een experiment de tarieven voor fysiotherapie door de overheid vrijgegeven en het College Tarieven Gezondheidszorg heeft geen nieuw tarief vastgesteld. De werkgevers- en werknemersorganisatie voor fysiotherapeuten in een vrije gevestigde praktijk hebben hun leden geadviseerd vanaf 1 januari 2005 per zitting uit te gaan van een bedrag van € 22,04, te weten het bedrag dat vanaf 1 januari 2004 gold (ad € 21,50, verhoogd met 2,5% inflatiecorrectie).

De vier fysiotherapeuten vorderen bij de kantonrechter dat hun werkgever wordt veroordeeld om aan hen het loon uit te betalen zoals overeengekomen is in de arbeidsovereenkomsten, te weten 64,1 procent van de door hem werkelijk behaalde omzet. Ze leggen daaraan ten grondslag dat de werkgever sinds het vrijgeven van de tarieven hun minder heeft betaald dan datgene waarop zijn volgens de arbeidsovereenkomst recht hebben. Partijen zijn niet gebonden aan het minimumadvies van de werkgevers- en werknemersbonden. De werkgever heeft in feite eenzijdig de arbeidsovereenkomst gewijzigd.

De werkgever voert het verweer dat, met het vrijgeven van de tarieven, de loonparagraaf van de CAO niet meer rechtstreeks kan worden toegepast. Met het advies van de werkgevers- en werknemersbonden is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de uitgangspunten van de CAO en het advies is dan ook redelijk. Een werknemer mag immers redelijke voorstellen van werkgever alleen afwijzen, wanneer aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem gevergd mag worden.

De kantonrechter overweegt dat afgesproken is dat 64,1% van de daadwerkelijk gerealiseerde omzet zal worden betaald maar dat, doordat in 2005 feitelijk per zitting € 24,37 werd ontvangen, de

fysiotherapeuten ten onrechte 64,1% van € 2,33 per zitting werd onthouden. De arbeidsovereenkomst is dus inderdaad eenzijdig gewijzigd. Vervolgens constateert de kantonrechter dat de arbeidsovereenkomsten geen wijzigingsbeding kennen en evenmin wijziging tussen partijen is overeengekomen. Omdat geen schriftelijk wijzigingsbeding in de overeenkomst is opgenomen is art. 7:613 BW niet van toepassing, terwijl art. 7:611 BW niet aan de orde is, nu het in feite om een collectieve regeling gaat en de wijziging niet een individuele werknemer betreft.

De kantonrechter overweegt vervolgens dat de werkgever pas laat in de procedure, bij conclusie van dupliek, heeft gesteld dat veroordeling tot loondoorbetaling met terugwerkende kracht tot gevolg zal hebben dat de financiële situatie onhoudbaar wordt en dat hoogstwaarschijnlijk faillissement moet worden aangevraagd. Deze stelling is volgens de kantonrechter evenwel op geen enkele wijze gestaafd. Nu de fysiotherapeuten betwisten dat nakoming van de arbeidsovereenkomst onaanvaardbare gevolgen zal hebben voor de werkgever, is de stelling van de werkgever daarvoor onvoldoende. De vordering is dus toewijsbaar en de werkgever wordt veroordeeld om aan de 4 fysiotherapeuten 64,1% van de door hen werkelijk behaalde omzet te betalen.

Ook de kantonrechter te Almelo past de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW toe in dezelfde situatie, na overwogen te hebben dat art. 7:613 niet toegepast moet worden nu er geen schriftelijk wijzigingsbeding is opgenomen.¹⁹⁵ De uitkomst is evenwel anders, omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht dat de werkgever aan de werknemer de tariefsverhoging afdraagt. Meegewogen wordt dat de beroepsorganisaties onder wie de werknemersorganisaties een bepaald advies hebben gegeven (geen omzet maar zittingen). De kantonrechter paste dus ter zake de maatstaf van de onaanvaardbaarheid een afweging toe die meer past bij de invulling van het zwaarwichtig belang, waarbij aan de adviezen en standpunten van werkgevers en werknemers (meestal neergelegd in een CAO) waarde kan worden gehecht.

2.1.3 *Loon in de vorm van een bonus*

Voor een zwaarwichtig belang van de werkgever bij een wijziging van een bonusregeling speelt niet alleen een (dringende) financiële

¹⁹⁵ Ktr. Almelo, 26 juni 2007, JAR 2007/180.

noodzaak een rol, maar ook de omstandigheid dat de bonus, die jaarlijks in overleg met de OR wordt vastgesteld, een extra-inkomst is. Aldus keert het lastige karakter van de bonus (een verkregen recht of een discretionaire bevoegdheid)¹⁹⁶ ook hier terug.

Het bedrijf kent een zogenoemde collectieve bonusregeling. Er bestaat geen individueel bepaalde aanspraak op een bonus, maar wel is in de arbeidsovereenkomst bepaald dat er een regeling bestaat, zoals neergelegd in de Personeelswijzer, en dat de bonus (ad € 1.078,- over 2003) in de maand maart van het daaropvolgende jaar wordt betaald aan de werknemer. De werknemer heeft niet ingestemd met een aanpassing van de bonusregeling. De arbeidsovereenkomst bevat verder geen eenzijdige-wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW. De werkgever heeft een instemmingsaanvraag bij de ondernemingsraad neergelegd en de ondernemingsraad heeft ingestemd met de wijziging. De werkgever heeft deze wijziging vervolgens medegedeeld aan ('gecommuniceerd met') het personeel.

De kantonrechter¹⁹⁷ overweegt dat de werknemer op zichzelf een te respecteren belang heeft bij ongewijzigde nakoming van de bonusregeling. De revenuen uit de arbeidsovereenkomst behoren aan de zijde van werknemer immers tot de essentiële onderdelen daarvan. Dat neemt niet weg dat een bonus(regeling) naar zijn aard als extra uitkering geldt. Verder overweegt de kantonrechter dat de werknemer de stelling van de werkgever dat afspraken met betrekking tot de bonusregeling jaarlijks worden gemaakt met de ondernemingsraad, niet heeft weersproken. De ondernemingsraad had een deskundige (een adviseur van FNV Formaat) ingeschakeld, en deze heeft in een rapport de bevinding neergelegd dat de werkgever in 2004 financieel niet in staat was om de volledige bonus over 2003 ineens aan het personeel te voldoen. De werkgever heeft de kredietfaciliteit bij de bank moeten aanspreken en het banksaldo is in 2004 in 'een negatieve stand veranderd'. Tegen deze achtergrond had de werkgever naar het oordeel van de kantonrechter een zwaarwichtig belang om 'de ondernemingsraad te verzoeken in te stemmen met de voorgestelde wijziging'. Ook overweegt de kantonrechter nog dat toewijzing van de vordering van de werknemer een ongelijke behandeling van deze werknemer

196 Zie laatstelijk gerechtshof Amsterdam, 24 november 2005, RAR 2006, 39.

197 Kantonrechter Rotterdam, 28 oktober 2004, JAR 2005/73.

ten opzichte van zijn (vroegere) collega's tot gevolg zal hebben, omdat deze het laatste deel van de bonus niet zouden ontvangen. Dit alles, in onderling verband en samenhang bezien, leidt tot de conclusie dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer de werkgever zou kunnen houden aan de bonusregeling.

Onlangs¹⁹⁸ heeft het gerechtshof in Amsterdam een (helaas niet benutte) kans gehad een wijziging, in de vorm van een stopzetting, van een bonusregeling te beoordelen.

De werknemer is op 1 juli 2001 bij het bedrijf Compuware in dienst getreden als software developer. Voordien was hij werkzaam als freelancer voor het zelfde bedrijf. De onderneming kent een bonusregeling die gereguleerd wordt door de voorwaarden van het Bonus Plan. Dit plan bepaalt onder andere: 'The targets to be reached in this plan will vary each fiscal year'. Ook is bepaald dat 'Compuware reserves the right to change the bonus plan, in part or in whole, for reasons in the important interest for Compuware at any time'. Het bedrijf heeft begin 2005 de bonusregeling afgeschaft en ter compensatie daarvan aan haar werknemers met terugwerkende kracht tot maart 2004 een salarisverhoging van 2,4 procent gegeven. De werknemer is het daar niet mee eens. De kantonrechter heeft op de vordering van de werknemer voor recht verklaard dat het bedrijf gehouden is de bonusregeling te laten voortduren en de opgelegde salarisverhoging per 1 april 2004 ongedaan te maken.

In hoger beroep overweegt het hof dat partijen twisten over de maatstaf aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of het bedrijf de bevoegdheid had (eenzijdig) te bepalen dat voor de werknemer niet langer de bonusregeling gold en deze te vervangen door een salarisverhoging. De werknemer die betwist dat de wijzigingsbevoegdheid van het bedrijf zoals geregeld in de arbeidsovereenkomst en de bonusregeling zover strekt dat het bedrijf daaraan de bevoegdheid ontleent de bonusregeling in het geheel af te schaffen, stelt dat daarvoor de maatstaf van art. 7:613 BW geldt. Volgens het primaire standpunt van de werkgever geldt daarvoor de maatstaf van art. 7:611 BW. Subsidiair doet de werk-

198 Gerechtshof Amsterdam, 19 april 2007, RAR 2007, 159.

gever een beroep op art. 7:613 BW en meer subsidiair 6:248/6:258 BW.

Het hof overweegt dat zich hier niet een situatie voordoet waarin sprake is van een redelijk voorstel van de werkgever dat de werknemer niet mocht afwijzen op de grond dat aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van een hem kon worden gevegd. Anders gezegd: – zo oordeelt het hof – de door de werkgever aangevoerde argumenten hebben het hof niet tot het oordeel kunnen brengen dat de werknemer redelijkerwijs niet zou mogen opkomen voor het behoud van de bonusregeling. Aangezien toepassing van deze door de werkgever bepleite maatstaf, ontleend aan art. 6:611 BW (bedoeld zal zijn 7:611 dL) en het arrest van de Hoge Raad d.d. 26 juni 1998, NJ 1998, 767, niet tot de door de werkgever gewenste uitkomst kan leiden en toepassing van de andere door haar genoemde maatstaven a fortiori niet tot die uitkomst leiden kan, kan in het midden blijven welke van de maatstaven hier de juiste is. Eveneens kan in het midden blijven hoever het wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst en de bonusregeling strekt.

Ten onrechte heeft het hof hier een kans laten liggen. Het hof had ook kunnen overwegen dat het (wel of niet) gaat om een arbeidsvoorwaarde in de zin van art. 7:613 BW en dat, als wel een arbeidsvoorwaarde aanwezig was, dientengevolge een zwaarwichtig belang door de werkgever en niet de toepasselijkheid van goed-werknemerschap zou moeten worden aangetoond. Het hof neemt evenwel het in rechte primair ingenomen standpunt van de werkgever, te weten dat goed-werknemerschap van toepassing is, als uitgangspunt en neemt voorts kennelijk aan dat 7:611 BW de zwakste grondslag is voor de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden (of van de arbeidsovereenkomst). Dat kan immers worden afgeleid uit de omstandigheid dat de andere maatstaven a fortiori voor de werkgever niet tot een gewenste uitkomst kunnen leiden.

2.1.4 *Loon in de vorm van provisie*

Een tamelijk principiële uitspraak van de rechtbank Utrecht¹⁹⁹ plaatst de beoordeling van het zwaarwichtig belang van de werkgever bij een verlaging van de provisie in het kader van de verhouding tussen het

199 Rechtbank Utrecht, 26 januari 2000, JAR 2000/ 60.

vaste loon en de provisie. Het handhaven van een juiste verhouding tussen prestatie en provisie is een zwaarwegend belang.

De provisieregeling, die deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst, bevat de bepaling dat de directie zich het recht voorbehoudt 'deze provisieregeling te herzien'. De rechtbank gaat er – veronderstellenderwijze – vanuit dat de genoemde bepaling als een eenzijdige-wijzigingsbeding moet worden aangemerkt.

Provisie is een individueel prestatieloon en is voor de werkgever een instrument dat er toe dient om de prestaties van werknemers, zowel kwantitatief als kwalitatief, in positieve zin te beïnvloeden. Dit impliceert dat de beloning in verhouding dient te staan tot de te leveren prestatie.

Zowel wanneer de beloning te gering is in verhouding tot de te leveren prestatie als in het geval dat de beloning te hoog is in verhouding tot de te leveren prestatie, is van een adequate prikkel ter beïnvloeding van de prestaties van werknemers geen sprake. Door een onjuiste verhouding tussen prestatie en beloning zou de doelstelling van het provisieloon worden ondergraven. Het handhaven van een juiste verhouding tussen prestatie en beloning is derhalve een zwaarwegend belang voor de werkgever, wanneer deze ervoor gekozen heeft zijn werknemers gedeeltelijk door middel van provisie te belonen.

Voorts is het mede in het belang van de werknemer dat de salaris componenten 'vast salaris' en 'provisie' in een redelijke verhouding tot elkaar staan. Ingeval dit laatste anders zou zijn, bergt dit het risico in zich dat een aanzienlijke daling door (onvoorziene) omstandigheden van het provisiedeel van het salaris voor de werknemer zeer ingrijpende en nadelige gevolgen voor diens financiële positie heeft. Dergelijke risico's en gevolgen zijn voor werkgevers noch werknemers wenselijk.

Vaststaat volgens de rechtbank dat de werknemer door de eerste wijziging van de provisieregeling over de betreffende jaren minder provisie heeft genoten dan hij zonder die wijziging zou hebben kunnen verdienen. Niet gesteld of gebleken is dat door die wijziging het vaste salarisbestanddeel van de werknemer lager is geworden. Evenmin is gebleken dat door de wijziging het provisiebedrag lager is uitgevallen dan het bij de werkgever gangbare provisiedeel van het totale salaris. In wezen komt de maatregel van de werkgever voor de werknemer neer op een correctie van een onbedoeld, en gelet op het bij de werkgever gangbare salaris voor dergelijke functies excessief, voordeel. De werkgever heeft een

zodanig zwaarwichtig belang dat het belang van de werknemer bij ongecorrigeerd behoud van het voormelde voordeel daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Ook een (te) substantiële verlaging van het provisieloon kan reden zijn de belangen van de werknemer te doen prevaleren boven die van de werkgever, zoals blijkt uit het vonnis van de Ktr. Assen.²⁰⁰

Naar aanleiding van een eenzijdige en belangrijke wijziging van de provisieregeling overweegt de kantonrechter eerst dat de arbeidsovereenkomst geen eenzijdige-wijzigingsbeding bevat als bedoeld in art. 7:613 BW. Uit dat artikel valt niet op te maken dat het slechts van toepassing zou zijn op een collectieve regeling van arbeidsvoorwaarden. De kantonrechter komt overigens tot de conclusie dat in casu sprake is van een collectieve regeling, nu de nieuwe provisieregeling geldt voor alle werknemers die daar onder vallen. Nu een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbreekt, betekent dat niet dat de werkgever al om die reden geen wijziging zou mogen toepassen. Er kan sprake zijn van zodanige omstandigheden dat van een werknemer (zoals in casu een rayonvertegenwoordiger) verwacht mag worden dat hij bereid is om tot een aanpassing van arbeidsvoorwaarden te komen (Van der Lely/Taxi Hofman, 26 juni 1998, JAR 1998/199). Bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding ligt dan echter, naar het oordeel van de kantonrechter, niet voor de hand om een andere, lichtere, maatstaf te hanteren dan in het, na voormeld arrest Van der Lely/Taxi Hofman ingevoerde, art. 7:613 BW. De toetsing moet derhalve ook dan zijn of sprake is van zodanig zwaarwichtige belangen dat het belang van de werknemer, dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken.

De kantonrechter komt per saldo tot het oordeel dat de werkgever ten onrechte tot de eenzijdige wijziging is overgegaan. De kantonrechter overweegt daarbij dat, hoewel geen cijfers door de werkgever zijn verstrekt, op de comparitie van partijen is aangegeven dat de provisieaanspraken van de collegae van de eisende werknemer op een substantieel lager niveau lagen dan die van de eisende werknemer. De kantonrechter overweegt dat het hanteren van gelijke arbeidsvoor-

200 Ktr. Assen, 19 december 2005, JAR 2006/36.

waarden op zich een te respecteren belang is, maar dat zulks niet betekent dat van de werkgever als goed werkgever niet mag worden gevergd dat rekening wordt gehouden met de effecten op de verschillende werknemers. De werknemer heeft er bovendien op gewezen dat hoge provisieaanspraken ook aangeven dat hij er in geslaagd is hoge omzetten te genereren, hetgeen uiteraard ook een bedrijfsbelang is.

De werkgever had nog gewezen op de voorgestelde afbouwregeling en de verhoging van het brutosalaris, maar de kantonrechter overweegt dat de werknemer van zijn kant ook concreet aangegeven heeft dat hij zich bereid heeft getoond tot een, substantieel te noemen, aanpassing te komen.

De maatstaf die bij de aanwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding moet worden aangelegd, is dat de werkgever een zwaarwichtig belang dient aan te tonen waartegenover het belang van de werknemer, dat zou worden geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het onderdeel (uit deze toets) dat de werknemersbelangen moeten zijn geschaad komt terug in de uitspraak van de kantonrechter te Arnhem²⁰¹, waarin deze overweegt dat de werknemer niet heeft aangetoond dat hij door de invoering van een regeling met betrekking tot de provisie erop is achteruitgegaan. Bovendien heeft de ondernemingsraad met de regeling ingestemd. In het algemeen mag dan worden aangenomen dat aan het criterium van het zwaarwichtig belang is voldaan. In een zogenoemde wenk bij deze uitspraak schrijven de vermoedelijke auteurs (S.F. Sagel en G.J.J. Heerma van Voss)²⁰² dat deze uitspraak in eerste instantie enige verbazing wekt. Zij constateren dat bij verdere lezing blijkt dat de uitspraak sterk wordt gekleurd door het feit dat de werknemer vier jaar lang de overige aspecten van de beloningsregeling had geaccepteerd en dat feitelijk derhalve sprake lijkt te zijn van stilzwijgende overeenstemming over de wijziging van arbeidsvoorwaarden. De kantonrechter heeft evenwel de constatering dat de werknemer jarenlang geen bezwaar heeft gemaakt tegen de nieuwe beloningsregeling gebruikt als overweging ter behandeling van de stelling van de werknemer dat hij door de uitvoerige en ingewikkelde berekeningsmethode de financiële gevolgen van de regeling pas veel later kon overzien.

201 Ktr. Arnhem, 16 januari 2006 RAR 2006, 54.

202 Wenk bij RAR 2006, 54.

2.1.5 *Loon in de vorm van fooien*

Zowel de mate van verslechtering voor de werknemers als de inkomensgarantie voor alle werknemers en het intensief collectief overleg worden door het gerechtshof in Amsterdam²⁰³ aangemerkt als factoren voor de invulling van een zwaarwichtig belang bij een regeling van de fooien.

De (nieuwe) CAO van Holland Casino kent de regeling dat wegens aan de dienstbetrekking verbonden voordelen, waaronder de mogelijkheid om fooien te ontvangen, het loon gesteld wordt op het wettelijk minimumloon, ook al past bij de kwalificaties van de desbetreffende werknemers of het gewicht van de functies op zich een hoger loon. Ook kent de CAO de regeling dat een tronc of fooienpot wordt ingesteld waarvan de inhoud wordt verdeeld onder de werknemers. De tronc staat onder beheer en zeggenschap van een fonds, in casu een stichting die voldoet aan de eis van art. 7:631 lid 3 onder c BW. De CAO kent voorts nog de regeling dat de werkgever aan de werknemer een bepaald inkomen garandeert. Dit begrip 'inkomen' is te onderscheiden van het loon als bedoeld in titel 10 van boek 7 BW. De omvang van de door de werkgever (eventueel) te verstrekken suppletie tot het niveau van het garantie-inkomen is met name afhankelijk van de bedoelde bijdragen uit de tronc.

Enkele werknemers gaat niet akkoord met deze nieuwe regeling. De betreffende CAO is volgens het gerechtshof van toepassing doordat de individuele arbeidsovereenkomsten een incorporatiebeding kennen. Door de werkgever is primair gesteld dat in een dergelijk geval art. 7:613 BW niet van toepassing is, maar, veronderstellenderwijze uitgaande van het tegendeel, acht het hof door de werkgever genoegzaam aangetoond dat deze bij de wijzigingen een zodanig zwaarwegend belang heeft dat het belang van de werknemer, voor zover dat daardoor wordt geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het nieuwe loongebouw dat door de CAO is opgetrokken biedt een inkomensgarantie voor alle werknemers en is gericht op gelijke behandeling, hetgeen de vrede binnen het bedrijf in belangrijke mate ten goede komt. Van betekenis is voorts dat intensief collectief overleg heeft plaatsgevonden, resulterend in de betreffende

203 Gerechtshof Amsterdam, 9 oktober 2003, JAR 2004/180.

CAO. Door de werknemer is onvoldoende gesteld dat per saldo de inkomenspositie verslechtert. Bij de totstandkoming van het nieuwe loonebouw is ernaar gestreefd dat de werknemers er niet op achteruitgaan in vrij besteedbaar inkomen. In veel gevallen is men er zelfs iets op vooruitgegaan.

Met betrekking tot de garantieregeling heeft de werkgever erop gewezen dat partijen bij de CAO ook hadden kunnen afspreken dat geen garantie zou gelden, maar dat het loon van de fooiontvangende werknemers hoger zou zijn dan het minimumloon. In dat geval zou echter stelselmatig ongelijkheid optreden ten opzichte van de niet-fooiontvangende werknemers. Deze ongelijkheid kan in het gekozen systeem alleen optreden door onverwacht hoger fooiontvangsten waardoor het garantie-inkomen wordt overschreden en de fooiontvangende werknemers in dat geval het surplus mogen behouden. Hieruit volgt, volgens het hof, dat van voor de werknemer nadelige ongelijke behandeling van fooiontvangende en niet-fooiontvangende werknemers in relevant vergelijkbare posities, ertoe leidend dat strijd bestaat met art. 7:611 (goed-werkgeverschap), geen sprake is. Slechts kan zich voordoen dat het inkomen van fooiontvangende werknemers hoger uitvalt, maar niet lager. Hoe precies het inkomen van de beide groepen technisch samengesteld is, is volgens het hof in dit verband van ondergeschikte betekenis.

2.1.6 *Loon in de vorm van vergoeding voor karwei*

Het zwaarwichtig belang bij een wijziging van arbeidsvoorwaarden dient door de werkgever te worden aangetoond of aannemelijk gemaakt. Vaak wordt de financiële noodzaak als belangrijk argument naar voren gebracht, maar ook andere redenen kunnen worden aangevoerd, bijvoorbeeld dat een regeling niet meer aan zijn doel beantwoordt. Niet kan worden gezegd dat bijkomende redenen altijd de argumentatie versterken. Integendeel, het lijkt op de kantonrechter te Roermond²⁰⁴ niet zo veel indruk te maken dat de regeling zijn doel (wat) voorbij geschoten is.

De werkgever kent een regeling voor de karweivergoeding, die in de algemene arbeidsvoorwaardenregeling, die geïncorporeerd is

204 Ktr. Roermond, 15 oktober 2002, JAR 2002/286.

in de individuele arbeidsovereenkomst, is opgenomen. Deze geeft recht op vergoeding wanneer de werknemer werk verricht buiten de werkplaats of het werkterrein van de werkgever. Om voor de vergoeding in aanmerking te kunnen komen, dient op karwei gewerkt te zijn gedurende tenminste een gehele dienst, dus voor meer dan acht uren, en minder dan een volle week en indien op karwei gewerkt wordt gedurende langer dan een week maar minder dan vier weken. De regeling wordt in de praktijk soepel toegepast, hetgeen erop neer kwam dat ingeval van werkzaamheden elders (buiten werkplaats of werkterrein) ieder de karweivergoeding toegekend kreeg, zonder wijziging daarvan na verloop van een week en met behoud daarvan ook na het verstrijken van meer dan vier weken. De werkgever is zich van geval tot geval op het standpunt gaan stellen dat er na vier weken op karwei geen recht meer bestond op verdere karweivergoeding. De achtergrond daarvoor werd gevormd door de gedachte dat er geen noodzaak meer bestond voormalige DSM'ers tegemoet te komen, terwijl er bedrijfseconomisch juist wel reden was tot beheersing van de kosten. De werkgever stelt voor dat na vier weken geen recht meer bestaat op karweivergoeding.

De kantonrechter overweegt in het kader van het toepassing van art. 7:613 BW dat, indien er al in deze niet nader tot in details verduidelijkte situatie enige noodzaak tot kostenreductie besloten ligt, deze noodzaak in ieder geval onvoldoende zwaarwegend is. Dat klemt temeer nu de werkgever tijdens de terechtzitting met zoveel woorden heeft beaamd dat niet alleen de karweivergoeding gedurende een periode van vier weken zal blijven bestaan, maar dat er daarnaast en daarenboven een concernbrede nieuwe karweiregeling tot stand zal worden gebracht.

Dat betekent naar het oordeel van de kantonrechter nog niet dat de werknemer gelijk krijgt. De werknemer heeft het standpunt ingenomen dat hij recht heeft op een 'qua tijd onbepaalde karweivergoeding, doorlopend na verloop van vier weken en dan in theorie *ad calendas graecas*'. Dat valt naar het oordeel van de kantonrechter niet te lezen in de karweiregeling. De souplesse die de werkgever nog heeft betracht bij de invulling van de karweiregeling na vier weken kan worden vervangen door een striktere handhaving van de eigenlijke regeling, zeker indien daarbij een op gewenning gerichte overgangstermijn in acht wordt genomen.

2.1.7 *Loon in de vorm van een deel van de winst*

In de tijd vlak na de invoering van art. 7:613 BW werd (nog steeds) de oudere norm van het goed-werkgeverschap benut. Goed-werkgeverschap (en redelijkheid en billijkheid) wordt in de onderstaande zaak met een beroep op de formele gang van zaken²⁰⁵ beoordeeld, te weten een gebrek aan vooraankondiging van de invoering van de beleidswijziging ter zake van de winstuitkering en (slechts) een mededeling aan de OR (in plaats van accordering of instemming van diezelfde OR).

De door de werkgever gestelde bedrijfseconomische noodzaak tot aanpassing van beleid en de constatering dat een aantal werknemers onder de maat bleek te presteren, zijn op zich niet door FNV weersproken. Onder die omstandigheden kan een beleidswijziging als de onderhavige, die door het winstreglement niet is uitgesloten, zeker gerechtvaardigd zijn. Op zichzelf genomen is de onderhavige beleidswijziging dan ook, volgens de rechtbank, niet in strijd met de eisen van goed-werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid. In dit geval is evenwel gebleken dat de werkgever niet heeft gesteld dat de beleidswijziging met betrekking tot de uitoefening van het winstreglement veelvuldig onderwerp van overleg met de ondernemingsraad is geweest. Evenmin heeft de werkgever gesteld dat de ondernemingsraad akkoord is gegaan met de wijziging. De werkgever heeft zich daarentegen op het standpunt gesteld dat iedereen het winstreglement kende of kon kennen en dat zij de beleidswijziging vooraf ter kennis van de OR heeft gebracht en dat dit orgaan toen noch later bezwaren heeft gemaakt.

De rechtbank leidt daaruit af dat de werkgever de beleidswijziging ter zake de winstuitkering niet concreet en duidelijk geruime tijd van tevoren aan de werknemers heeft aangekondigd. Aldus hebben de werknemers niet de gelegenheid gehad tot inspraak (desgewenst) en hebben zij ook niet tijdig er rekening mee kunnen houden (en er zich op kunnen voorbereiden) dat over 1995 de winstuitkering mede afhankelijk werd gesteld van hun individuele prestaties. Het bij gebreke van een dergelijke vooraankondiging invoeren van beleidswijziging ter zake winstuitkering over 1995 is derhalve in strijd met de eis van goed-werkgeverschap en de redelijkheid en billijkheid.

205 Rb.Utrecht, 17 november 1999, JAR 2000/39.

2.1.8 *Loonsverlaging en bankzitten*

Bij een belangrijke primaire arbeidsvoorwaarde als het loon speelt ook het bepaalde in art. 7:628 BW een rol. Zondag heeft in SR 2000/2, p. 46 e.v. verdedigd dat bij de beoordeling van een door de werkgever beoogde wijziging van de beloning als primaire arbeidsvoorwaarde aansluiting moet worden gezocht bij art. 7:628 leden 1 en 5 BW. De ratio van art. 7:628 lid 5 BW is het beschermen van werknemers tegen inkomensverlies. Deze bedoeling zou worden ondermijnd wanneer de werkgever (na de eventuele zes maanden ex lid 1) op grond van een wijzigingsbeding, zonder het aantal te werken uren te verminderen, de beloning in neerwaartse zin kan bijstellen, hoewel de oorzaken die aanleiding geven voor een beroep op het wijzigingsbeding op grond van art. 7:628 lid 1 BW voor risico van de werkgever komen. De kantonrechter te Bergen op Zoom²⁰⁶ volgt dit standpunt en wijdt ook nog een overweging aan het Taxi Hofman-arrest, waarin (immers) de intrigerende zinsnede voorkomt dat de opdracht aan de werknemer zich als een goed werknemer te gedragen niet anders wordt 'indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen.'

De werknemer is op 30 januari 1997 bij de werkgever in dienst getreden en is vervolgens door deze werkgever gedetacheerd bij een grote sigarettenfabrikant. Daar verricht hij werkzaamheden tegen een uurloon van € 33,57 waaronder begrepen vakantiedagenrechten en vakantiebijslag. Partijen hebben op 28 mei 1999 een nadere overeenkomst gesloten waarbij ze afspraken dat, indien en voor zover de tussen hem bestaande overeenkomst op enig moment als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet worden beschouwd en gedurende die periode het project waarvoor de werknemer oorspronkelijk was aangenomen, eindigt, werkgever en werknemer reeds op dit moment voor die situatie afspreken dat opnieuw gesproken zal dienen te worden over het basis-uurloon zoals de werknemer dat had ten tijde van de duur van het project. Partijen spreken dus af dat werknemer in de omstandigheden als hierboven vermeld met ingang van de dag waarop het project geëindigd is, geen aanspraak meer kan maken op basisuurloon. Partijen spreken af dat ze op dat moment samen spreken over een nieuw basisuurloon, een uurloon dat past bij de nieuwe omstandig-

206 Ktr. Bergen op Zoom, 25 november 2004, JAR 2005/17.

heid. Het werk bij Philip Morris is per 13 augustus 2004 komen te vervallen en de werkgever heeft de werknemer nog niet elders kunnen plaatsen. De werknemer dient op vordering van de werkgever gedurende kantooruren aanwezig te zijn op het kantoor van werkgever, teneinde beschikbaar te zijn voor eventuele detacheringsovereenkomsten. Tot 1 september 2004 is het volledige salaris betaald, maar bij brief van 1 oktober 2004 heeft de werkgever met een beroep op die nadere arbeidsovereenkomst van 28 mei aan de werknemer bericht genoodzaakt te zijn het uurloon per 1 september 2004 aan te passen en vast te stellen op € 23,50 bruto all in, en dat de onkostenvergoeding komt te vervallen en de reiskostenvergoeding wordt gemaximeerd op een bedrag van € 120,- per vier weken.

De werknemer baseert zijn loonvordering op de stelling dat de werkgever, zolang de arbeidsverhouding voortduurt, op grond van de driekwartdwingendrechtelijke bepaling van art. 7:628 BW is gehouden aan hem het salaris te voldoen waarop de werknemer gemiddeld aanspraak kan maken ten tijde van zijn detachering bij Philip Morris (een bedrag van € 5.173,75 bruto per vier weken). De werknemer wil ook vrijgesteld worden van hem opgelegde aanwezigheidsverplichting en acht die verplichting in strijd met goed werkgeverschap.

De werkgever voert aan dat de (tijdelijke) salarisverhoging is gebaseerd op de redelijkheidsovereenkomsten die partijen gemaakt hebben in aanvulling op de arbeidsovereenkomst en dat ten onrechte de werknemer niet is ingegaan, in positieve zin, op het redelijke voorstel om te komen tot een tijdelijke salarisverlaging die verband houdt met gewijzigde omstandigheden op het werk. De werkgever verwijst (dus) naar het Taxi Hofman-criterium. Met betrekking tot de aanwezigheidsverplichting voert de werkgever aan dat aanwezigheid op kantoor de druk op de werknemer verhoogt om zelf actief om te zien naar ander passend werk.

De kantonrechter overweegt dat het Taxi Hofman criterium niet de in dit geval van driekwartdwingend (lees: driekwartdwingend) recht zijnde bepalingen van art. 7:628 BW buiten werking kan stellen. De kantonrechter voegt eraan toe dat overigens in het geval van Taxi Hofman ook geen sprake was van een verlaging van het salaris.

Met betrekking tot de aanwezigheidsverplichting wordt geoordeeld dat de werknemer op kantoor letterlijk niks zit te doen en dat de aan de werknemer opgedragen verplichting doelloos aanwezig te zijn op kantoor onder die omstandigheden niet als een redelijke eis van de werkgever kan worden aangemerkt.

2.1.9 *Loon omgezet in reistijdenvergoeding*

Als zwaarwichtige reden kan, naast financiële problemen, ook behoud van werkgelegenheid (door de werkgever) worden aangevoerd alsmede de last van concurrentie. Deze laatste twee argumenten kunnen zo algemeen zijn dat ze weinig indruk maken en dat zelfs de wel verworven instemming van de OR onvoldoende soelaas biedt.

FNV Bondgenoten vordert dat de werkgever de eenzijdige wijziging van de opbouw van het loon en andere reeds ingetreden gevolgen ongedaan maakt.

Tengevolge van maatregelen waardoor 20% van het loon niet meer als loon maar als reistijdenvergoeding wordt aangemerkt, lijdt een groep van werknemers in het bedrijf nadeel, omdat de hoogte van de vakantiebijslag, de (pre)pensioenopbouw en de vergoeding van overwerk door de maatregel negatief beïnvloed wordt. Bovendien is besloten dat na vijf ziekte-dagen geen reistijdenvergoeding meer wordt uitbetaald. Er is tussen partijen een eenzijdige-wijzigingsbeding gesloten.

De kantonrechter²⁰⁷ acht de door werkgever aangevoerde zwaarwichtige redenen onvoldoende aannemelijk. Allereerst heeft de werkgever geen althans onvoldoende inzicht gegeven in de financiële consequenties. De kantonrechter acht helemaal niet aannemelijk geworden dat eenzijdige wijziging bijdraagt aan behoud van werkgelegenheid. Voorts is de enkele omstandigheid dat concurrenten hun ondernemingen reorganiseren een onvoldoende dragend argument. Ook de invoering van een uniform beloningssysteem vormt niet een zodanig zwaarwichtig belang. Ook de omstandigheid dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met de onderhavige maatregel doet daar niet aan af.

2.1.10 *Loon in de vorm van persoonlijke toeslag*

Zelfs indien een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbreekt en het Taxi Hofman-criterium wordt toegepast, kan een kritische invulling van de redelijkheid van de voorstellen van de werkgever, die de werknemer redelijkerwijs moet aanvaarden, ertoe leiden dat een verlaging van een persoonlijke toeslag niet kan worden toegestaan (kantonrechter Haarlem²⁰⁸).

207 Ktr. Utrecht 26 juli 2005, JAR 2005/201.

208 Ktr. Haarlem, 13 juli 2006, JAR 2006/199.

Bij de kantonrechter in kort geding²⁰⁹ wordt de vraag aan de orde gesteld of de werkgever gerechtigd was de persoonlijke toeslag van de werknemer met ingang van 1 januari 2006 te verlagen. De werknemer is dispatcher bij een cateraar (met natuurlijk ‘Gourmet’ in de naam). Deze persoonlijke toeslag bedroeg € 565,- per maand op een salaris van € 2.450,- per maand. De afbouw is het gevolg van de omstandigheid dat een eigen ondernemings-CAO (waarin een hoger salaris zat) niet gedispenseerd werd. De werkgever is inmiddels aangesloten bij de werkgeversorganisatie Vereniging Nederlandse Cateringorganisaties (VeNECA). De CAO is de CAO Contractcateringbranche (2003/2004).

De kantonrechter oordeelt dat allereerst door hem niet kan worden vastgesteld dat de werknemer ten tijde van maken van de afspraak omtrent de afbouw van de persoonlijke toeslag lid was van de FNV. De werknemer heeft ter zitting gesteld dat hij vanaf augustus 2005 korte tijd lid is geweest van de (Horecabond van de) FNV, maar dat hij dat nu niet meer is. Bovendien is de kantonrechter voorshands van oordeel dat de afspraak tussen (de Horecabond van) de FNV en VeNeCa niet beschouwd kan worden als een CAO in de zin van art. 3 Wet op de CAO. Niet is gebleken van een authentieke of onderhandse akte. De kantonrechter is dan verder voorshands van oordeel dat de wijziging in het salaris van de werknemer slechts kan worden aangemerkt als een eenzijdig door de werkgever opgelegde wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Daarvoor is instemming van beide partijen vereist en van instemming van de kant van de werknemer is niet gebleken. Verder is niet gesteld of gebleken dat partijen een eenzijdige-wijzigingsbeding zijn overeengekomen als bedoeld in art. 7:613 BW. Dat betekent dat de door de werkgever eenzijdig ingevoerde wijziging slechts door de werknemer zou moeten worden geaccepteerd, indien het een wijziging betreft die te beschouwen is als een redelijk voorstel van de werkgever, dat verband houdt met gewijzigde omstandigheden op het werk en waarop de werknemer positief behoort in te gaan en die hij alleen maar kan afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd. De kantonrechter oordeelt verder dat vooralsnog niet is komen vast te staan dat sprake is van een dergelijk redelijk voorstel. Inkomensachteruitgang zoals voorgesteld is zonder meer fors te noemen. De

209 Die daarmee niet voorzieningenrechter wordt, zoals de JAR regelmatig suggereert.

kantonrechter kan niet inzien dat de toewijzing van de gevraagde voorziening het doorvoeren van de door de werkgever gewenste harmonisatie van arbeidsvoorwaarden ten aanzien van de overige werknemers in gevaar komt dan wel zal leiden tot onaanvaardbare gevolgen. Voorshands is niet gebleken van een zodanig zwaarwichtig belang bij de werkgever dat dit zou moeten prevaleren boven het belang van de werknemer bij handhaving van zijn salaris.

Opmerking verdient dat in deze uitspraak zowel het Taxi-Hofman-criterium wordt gebruikt als het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW en de onaanvaardbaarheid van art. 6:248 BW. Een eenduidiger norm zou toegepast hebben kunnen worden, nu een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbrak en dus de norm van art. 6:248 BW voor de hand lag (zie 1.12 en 1.19).

2.1.11 Garantieregeling en toeslagregeling

Hoge arbeidskosten in vergelijking met de concurrentie in binnen- en buitenland en daarmee ook het voortbestaan van de onderneming en haar werkgelegenheid vormen niet zonder meer een zwaarwichtig belang. Dat geldt ook voor instemming van de Centrale Ondernemingsraad en drie vakbonden met de wijziging van een (garantie-)regeling.

De uitspraak van het gerechtshof Arnhem²¹⁰ vormt in zoverre een bijzondere eend in de bijt dat niet een eenzijdige wijziging het hoofdthema van de uitspraak vormt, maar het antwoord op de vraag of er een CAO is afgesloten (die doorwerkt en nawerkt) en of de collectieve afspraak tussen werkgever en vakbonden die geen CAO is, een derdenbeding is.

Het rechtsgeding speelt tussen FNV Bondgenoten en Campina. FNV Bondgenoten heeft niet ingestemd met een (door drie andere bonden wel geaccordeerde) afschaffing van een in 1989 overeengekomen garantieregeling en toeslagregeling voor arbeid op onaangename uren. Campina stelt dat de melding in 1989 van de, overigens toen ook met de Voedingsbond FNV (een rechtsvoorganger van FNV Bondgenoten) overeengekomen, CAO niet heeft

210 Gerechtshof Arnhem, 1 november 2005, JAR 2005/284.

plaatsgevonden en dat die CAO daarom niet in werking is getreden en door- en nawerking ontbeert.

Het gerechtshof is van oordeel, met Campina, dat de melding van de CAO conform art. 4 van de Wet op de Loonvorming als een constitutief vereiste moet worden beschouwd. Dit betekent dat een arbeidsvoorwaardenovereenkomst niet als een rechtsgeldige CAO kan worden aangemerkt, wanneer niet aan de meldingsverplichting is voldaan. De door Campina aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad (NJ 2001/408) vormt niets anders dan een bevestiging van het constitutieve vereiste dat in lid 3 van art. 4 van de Wet op de loonvorming is neergelegd.

Ook het verweer van FNV Bondgenoten dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Campina de regelingen enerzijds als een CAO aanmerkt (zodat Campina niet met allerlei individuele werknemers hoeft te onderhandelen) en zij zich anderzijds op het standpunt stelt dat geen sprake is van een CAO, wordt verworpen. Naar het oordeel van het hof gaat dit betoog niet op omdat dermate ingrijpende effecten als doorwerking en nawerking alleen toekomen aan een CAO die ook aan alle formele vereisten voldoet.

De volgende stap die genomen moeten worden is wat dan wel de waarde is van de door de vakbond met Campina overeengekomen arbeidsvoorwaardenregeling. Deze wordt door het hof gezien als een regeling met een derdenbeding. Weliswaar hebben de derden, te weten de werknemers, voor de opzegging van de afspraken door Campina geen uitdrukkelijke verklaring afgelegd dat zij het beding accepteren, maar in hun gedragingen ligt wel besloten dat zij dat hebben gedaan. Deze gedragingen houden in dat ze in de jaren 1989 tot 2001 gebruik maakten van de bedoelde regelingen. Vervolgens komt dan aan de orde of Campina de regeling eenzijdig mocht wijzigen. Betoogd is (door de werkgever) dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de betrokken regelingen ook na 1 januari 2001 moeten worden toegepast. Door Campina worden bedrijfseconomische redenen aangevoerd, namelijk hoge arbeidskosten in vergelijking met de concurrentie in binnen- en buitenland en daarmee ook het voortbestaan van de onderneming en haar werkgelegenheid. Het hof achtte deze redenen onvoldoende gekwantificeerd. Ook het argument dat drie andere bonden en de centrale ondernemingsraad (COR) wel met de afschaffing van de twee regelingen akkoord zijn gegaan, brengt niet mee dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de toeslagregeling en de

garantieregeling ook na 1 januari 2001 moeten worden toegepast. Daarbij merkt het hof nog op dat aanvaarding van het betoog van Campina zou betekenen dat art. 7:613 BW, waarin dwingendrechtelijk wordt voorgeschreven dat slechts gewijzigd kan worden als er een schriftelijk beding is, op deze wijze zou kunnen worden omzeild.

2.1.12 *Jubileumtoelage en kleine toeslag*

Het goed-werkgeverschap is ook na 1998, met name op het snijvlak van arbeidsvoorwaarde en 'onverplichte coulance', zijn waarde blijven behouden.

De functie van de werknemer is industrieel schoonmaker. Van toepassing op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor het schoonmaak- en glazenwasserbedrijf. Binnen de branche gold vroeger een verplichte jubileumregeling, maar deze is afgeschaft. In ruil daarvoor hebben werknemers ingevolge de CAO recht op een kleine toeslag op het uurloon. Bij de werkgever geldt desalniettemin nog steeds een, volgens de CAO niet meer verplichte dus onverplichte, jubileumregeling. Voor werknemers die in verband met een contractwisseling bij de werkgever in dienst treden en binnen een jaar de bedoelde twaalfeneenhalf jaar bij de vorige werkgever zouden hebben volgemaakt, krijgen deze jubileumuitkering bij wijze van coulance ook toegekend, maar alleen als de vorige werkgever weigert om de jubileumuitkering te voldoen. De werkgever heeft de werknemer desgevraagd laten weten dat hij niet in aanmerking komt voor deze coulance, omdat hij voorafgaand aan de contractwisseling pas negen jaar bij zijn vorige werkgever in dienst was.

De kantonrechter²¹¹ overweegt dat het de werkgever weliswaar vrijstaat om al dan niet een jubileumregeling te treffen, maar goed werkgeverschap brengt mee dat deze niet naar willekeur mag worden toegekend. Met andere woorden, zo overweegt de kantonrechter, in beginsel heeft een werknemer die voldoet aan de nieuwe regeling gestelde voorwaarden, ook recht op toekenning van zo'n uitkering. Voldoende is evenwel komen vast te staan dat de werknemer (nog) niet aan de voorwaarden voldoet en vooralsnog geen recht heeft op toekenning van die uitkering. Dat de werknemer

211 Ktr. Zaandam, 16 november 2006, JAR 2006/296.

niet volledig op de hoogte was van die voorwaarden doet daar niet aan af. Niet aannemelijk is dat de werkgever hem wat dat betreft verkeerd heeft voorgelicht.

2.1.13 *Onregelmatigheidstoeslag*

Indien een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbreekt en het dan voor de hand zou liggen dat ten minste het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW zou worden toegepast, levert de hantering van het goed-werknemerschap en het Taxi Hofman-criterium, hoewel het een lichtere maatstaf lijkt, niet altijd resultaat op, zoals blijkt uit de uitspraak van de kantonrechter in Assen.²¹²

De werknemer is op 18 mei 1992 in dienst getreden van het overheidsorgaan Meldkamer Drenthe in de functie van verpleegkundig centralist. Ambulancezorg heeft in 1997 de meldkamer met een negental werknemers overgenomen. Vier collega's en de eisende werknemer zijn (anno 2006) nog steeds bij Ambulancezorg in dienst. Tussen de werknemer en Ambulancezorg bestaat een schriftelijke arbeidsovereenkomst, waarin onder ander is vermeld dat de CAO voor personeel in de ambulance hulpverlening van toepassing is. Verder is bepaald dat op de arbeidsovereenkomst het sociaal plan van meldkamer Drenthe van toepassing is. Ambulancezorg heeft aan de werknemer te kennen gegeven dat de aankomende Wet ambulancezorg en de financiële situatie het noodzakelijk maken tot een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden en een aanpassing naar het niveau van de CAO ambulancezorg te komen. Werkgever wenst met name de vaste onregelmatigheidstoeslag en verlofaanspraken te herzien, onder het aanbod van een eenmalige afkoopsom voor de onregelmatigheidstoeslag. Bovendien is een voorstel gedaan voor een gefaseerde afbouw van de verlofuren. De vaste onregelmatigheidstoeslag van 22% bedraagt voor werknemer € 600,56 per maand. Door het voorstel van de werkgever zou de werknemer tussen de 200 en de 500 euro bruto minder gaan verdienen. Er is tussen werkgever en werknemer geen eenzijdige-wijzigingsbeding afgesloten.

De kantonrechter overweegt, dat nu een dergelijk wijzigingsbeding ontbreekt, Ambulancezorg niet al om die reden geen wijziging zou mogen toepassen. Er kan sprake zijn van zodanige

212 Ktr. Assen, 30 oktober 2006, RAR 2007, 20.

omstandigheden dat van een werknemer verwacht mag worden dat zij bereid is om tot een aanpassing van arbeidsvoorwaarden te komen. De kantonrechter verwijst naar het arrest van Van der Lely/Taxi Hofman, 26 juni 1998, JAR 1998/199. Bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding ligt het naar het oordeel van de kantonrechter niet voor de hand om een andere lichtere maatstaf te hanteren dan art. 7:613 BW, dat na vermeld arrest is ingevoerd. De omstandigheid dat het sociaal plan het behoud van arbeidsvoorwaarden en salarispectieven waarborgt is naar het oordeel van de kantonrechter geen absolute blokkade voor wijziging van die arbeidsvoorwaarden, maar is wel een van de omstandigheden die bij vermelde afweging dient te worden betrokken. Het feit dat er verschillen bestaan tussen arbeidsvoorwaarden van medewerkers van de meldkamer omdat een deel, onder wie de werknemer, eerder bij een andere werkgever in dienst is geweest, is een te verwachten gevolg van de overgang van onderneming. Het is wel voorstelbaar dat een werkgever er de voorkeur aan geeft gelijke arbeidsvoorwaarden voor haar werknemers te hanteren, maar dat levert onvoldoende rechtvaardiging op om de verworven arbeidsvoorwaarden na overname te wijzigen. De arbeidsvoorwaarden van de werknemer worden door het voorstel van eenzijdige wijziging zeer substantieel verminderd en een eenmalige afkoopsom komt daar maar zeer ten dele aan tegemoet. Zelfs indien het budget van de meldkamer zelf slechts uitgangspunt is, terwijl eerder in de correspondentie van het totale budget van Ambulancezorg is uitgegaan, is mede tegen de achtergrond van het sociaal plan en gelet op de vermelde gevolgen voor de werknemer een harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden in combinatie met verliezen op de meldkamer niet als een zodanig zwaarwichtig belang aan te merken dat het belang van de werknemer bij behoud van arbeidsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken.

2.1.14 *Verkapt loon (I)*

De hierboven aangegeven voorbeelden betreffen loon, al dan niet in de vorm van provisie, bonus, winst e.d. Soms komt ook aan de orde of een bepaalde arbeidsvoorwaarde, zoals een reiskostenvoorziening of een lease-auto, verkapt loon is. Uit de onderstaande rechtspraak kan worden afgeleid dat een voorziening dan als verkapt loon kan worden gezien, als zij wordt verstrekt, terwijl de betrokken werknemer (juist) niet in aanmerking voor de voorziening zou komen, wan-

neer de regels strikt zouden zijn toegepast. Dat geldt, *mutatis mutandis*, ook voor een vergoeding van onkosten, indien deze wordt betaald, terwijl een declaratie voor de daadwerkelijk gemaakte kosten niet wordt ingediend, soms niet gedurende een aantal jaren. Een indicatie kan dan zijn dat de onkostenvergoeding niet afhangt van werkelijk gemaakte onkosten, maar op een bepaald (vast) bedrag is gesteld. De vraag of een voorziening verkapt loon is, is van belang voor het antwoord op de vraag of sprake is van een primaire arbeidsvoorwaarde en of (afgezien van de waarde van die kwalificatie) dienvolgt een zwaardere toets dient te worden aangelegd bij eenzijdige wijziging.

2.1.14.1 Onkostenregeling en pensioenpremie

In de zaak die speelde bij de kantonrechter in Helmond²¹³, stelde de werkgever aan de werknemers voor de onkostenvergoeding te laten vervallen en om te zetten in een regeling voor vergoeding van werkelijke gemaakte kosten.

De werkgever in deze zaak heeft de werknemers laten weten dat hij niet langer de onkostenvergoeding betaalt en ook niet langer de overeengekomen regeling dat de pensioenpremie voor rekening van de werkgever komt. Ondanks correspondentie en besprekingen heeft de werkgever zijn standpunt niet gewijzigd. Een werknemer heeft de werkgever in kort geding gedagvaard. De werkgever voert aan dat, om de onderneming te kunnen laten voortbestaan, ingrijpende bezuinigingsmaatregelen nodig zijn. In dat kader is overgegaan tot harmonisering van de arbeidsvoorwaarden. De onkostenvergoeding komt te vervallen, niet alleen bij eiser, maar ook bij andere werknemers. In plaats daarvan kan eiser de werkelijke onkosten declareren.

De kantonrechter komt tot het oordeel dat, hoewel hij uitgaat van de juistheid van de beweringen van de werkgever dat haar financiële positie rechtvaardigt dat ingegrepen wordt in de arbeidsvoorwaarden, de onwil van de werknemer om enigermate bij te dragen in het herstel van de werkgever, eufemistisch uitgedrukt, niet tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden zal leiden, ook niet met zijn collegae die wel tot een inlevering bereid waren. Desondanks heeft de werknemer gelijk. De onkostenvergoeding is

213 Ktr. Helmond, 2 juni 2003, JAR 2003/152.

verkapt loon en dat ontvangt de werknemer al vijf jaar. Zijn belang bij betaling van de pensioenpremie is evident. Vaststaat dat partij- en overleg gevoerd hebben, maar zonder resultaat.

Als geen resultaat bereikt wordt moet het belang van de werkgever wijken. Hij mag immers niet eenzijdig de arbeidsvoorwaarden wijzigen, althans niet op de wijze waarop dat in casu is gebeurd. Wellicht zijn er feiten of omstandigheden die, mits op verificatoire wijze gepresenteerd, de conclusie rechtvaardigen dat, nu kennelijk een eenzijdig wijzigingsbeding ontbreekt, op grond van gewijzigde omstandigheden toch gezegd kan worden dat de werknemer de wijzigingsvoorstellen in alle redelijkheid niet mag afwijzen, maar dat dient in een bodemprocedure bezien te worden.

De vordering wordt grotendeels toegewezen.

De kantonrechter gebruikt ten onrechte niet, nu immers een eenzijdige wijzigingsbeding ontbreekt, de norm van de onaanvaardbaarheid van de wijziging van de regeling ingevolge het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW, maar een mengeling van *imprévision* (gewijzigde omstandigheden) en goed-werknemerschap (redelijkheid).

2.1.14.2 *Verkapt loon (II)*

Een onkostenvergoeding kan onder algemene noemer worden verstrekt, met een grotere kans op de kwalificatie van verkapt loon, maar ook specifiek worden verstrekt, bijvoorbeeld voor telefoonkosten. Dan nog is het mogelijk dat (een deel) aangemerkt wordt als verkapt loon, zoals blijkt uit het onderstaande arrest van het gerechtshof in Amsterdam²¹⁴:

De werknemers waren als kwestiebehandelaar of regiojurist werkzaam in dienst van de Voedingsbond, Dienstenbond, Industriebond of rechtskundige dienst FNV. Bij de overgang van de juridische dienstverlening naar FNV Ledenservice, een overgang van onderneming, is in een sociaal plan afgesproken dat iedere medewerker op het moment van de overgang de bestaande rechten behoudt. Vóór de overgang hadden de werknemers een telefoononkostenvergoeding. Ledenservice heeft eenzijdig besloten de oude, onderling verschillende, telefoononkostenvergoeding te vervangen door een uniforme regeling.

214 Gerechtshof Amsterdam, 15 april 2004, JAR 2004/219.

Het gerechtshof in Amsterdam overweegt dat een deel van de onkostenregeling verkapt loon is. De omstandigheid dat de werkgever aan de werknemers instructie heeft gegeven dat er thuis geen zakelijke telefoontjes meer gepleegd behoeven te worden, is onvoldoende belangrijk. Niet gesteld of gebleken is dat de individuele arbeidsovereenkomsten of bedrijfsregelingen een clause bevatten ex art. 7:613 BW. Zouden de individuele arbeidsovereenkomst of de regelingen wel zo'n clause hebben bevat, dan kan alleen met een zwaarwichtig belang worden gewerkt. Het ligt in de rede dat in het onderhavige geval, waar zo'n clause ontbreekt, de door FNV Ledenservice eenzijdig ingevoerde wijziging van arbeidsvoorwaarden, a fortiori, dezelfde toets moet kunnen doorstaan.

De werkgever heeft aangevoerd dat het redelijk en billijk is een algemeen geldende regeling in te voeren en dat een harmonisatie na overgang noodzakelijk was.

Het eerste argument miskent dat de telefoonkostenregeling gedeeltelijk verkapt loon is en dat de werknemers zich niet verzetten tegen de nieuwe regeling, omdat ze niet langer een zakelijke telefoonkostenvergoeding ontvingen, maar dat zij door de nieuwe regeling er in loon op achteruitgaan. Het tweede argument, ter zake van harmonisatie, levert in deze tijd waarin administraties met steeds geavanceerdere computerprogramma's worden gevoerd, evenmin een zodanig zwaarwichtig belang op dat daarvoor het belang van de werknemers naar redelijkheid en billijkheid zal moeten wijken.

Verder stelt Ledenservice nog het argument van de gelijke behandeling aan de orde. Het hof redeneert dat de ongelijkheid een logisch gevolg is van het bepaalde in art. 7:663 BW, nu de werking van dit artikel in dit geval niet met het argument van gelijke behandeling wordt doorkruist.

Het hof sluit met de opmerking dat de aan art. 7:613 BW te ontleen toets niet verworden is tot een dode letter.

2.1.15 Tussenconclusie ten aanzien van loon

De regeling in art. 7:613 BW luidt dat, indien de werkgever met de werknemer een eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen, hij bij een eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde (alsnog) een zwaarwichtig belang dient te stellen en aannemelijk te maken of aan te tonen. Als de werkgever zonder eenzijdige-wijzigingsbeding (een arbeidsvoorwaarden(regeling) wenst te wijzigen, dan dient deze wens

aan de maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, te weten dat het voor de werkgever onaanvaardbaar is dat hij de regeling, die hij graag zou willen veranderen, toch moet blijven uitvoeren, getoetst te worden. En onaanvaardbaarheid is dan niet een met zwaarwichtig belang of goed-werknemerschap onderling uitwisselbare maatstaf, maar dient daadwerkelijk in de oorspronkelijke betekenis te worden toegepast.

De door sommige auteurs waargenomen onduidelijkheid en tegenstrijdigheid in uitspraken valt bij nadere bestudering mee.

De meeste kantonrechters overwegen dat, wanneer er geen eenzijdige-wijzigingsbeding aanwezig is, de werkgever niet kan overgaan tot een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid moet worden toegepast. Maar ook wordt (iets minder streng) geredeneerd dat, wanneer een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbreekt, het niet in de rede ligt een lichtere maatstaf dan art. 7:613 aan te nemen.²¹⁵ Er zijn ook uitspraken waarin, bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding, wordt doorgezakt naar de maatstaf van art. 7:611 BW, maar die maatstaf van goed-werknemerschap is, zelfs indien kritisch ingevuld, te licht. Zie paragraaf 1.15, 1.16 en 1.18 voor de onderbouwing van deze stelling.

Ook het leerstuk van de *imprévision* is gebruikt bij de verlaging van loon.²¹⁶ In zeer bijzondere gevallen, zoals uiteengezet onder 1.14.3 kunnen onvoorziene omstandigheden ingevolge art. 6:258 BW een rol spelen.

De rol van de OR in de zaken die van doen hebben met verlaging en/of aanpassing van loon is klein. De ondernemingsraad is vrijwel afwezig.

Het zwaarwichtig belang wordt bij provisie deels ingevuld door te wijzen op de verhouding tussen provisie en loon, terwijl bij de bonus mede een rol speelt de al dan niet discretionaire bevoegdheid van de werkgever ten aanzien van dit emolument.

215 Gerechtshof Amsterdam, 15 april 2004, JAR 2004/219.

216 Ktr. Rotterdam, 28 oktober 2004, JAR 2005/73.

2.2 Arbeidsduur en werktijden

Allereerst dient hier de vraag te worden beantwoord waarom het onderwerp werktijden thans na loon en andere emolumenten als winstuitkering, bonus en provisie wordt besproken, maar vóór kinderopvang en vervoersregelingen, waaronder reiskostenvergoedingen en lease-autoregelingen. Het antwoord op die vraag luidt dat (in het kader van de beoordeling of een arbeidsvoorwaarde primair of secundair is) het onderwerp van de arbeidstijdenregeling en ook dat van de pensioenregeling voorkomt in de catalogus van art. 27 WOR en daarom in beginsel als secundaire arbeidsvoorwaarden mogen worden aangemerkt. Dat geldt niet voor de kinderopvangregeling en de vervoersregelingen, zodat deze eerste na de werktijdenregeling en de pensioenregeling aan de orde zullen komen.

Een tweede opmerking betreft het verschil in terminologie tussen arbeidstijden (of werktijden) en arbeidsduur. Arbeidstijdenregelingen zijn in beginsel, alleen al omdat ze voorkomen in art. 27 WOR, secundaire arbeidsvoorwaarden, maar er is discussie mogelijk over de vraag of arbeidstijden die geregeld zijn in de Arbeidstijdenwet, een arbeidsvoorwaarde vormen. De vraag of werktijden arbeidsvoorwaarden vormen kwam aan de orde bij de behandeling van de door het Tweede Kamerlid Rosenmöller tezamen met twee andere kamerleden ingediende initiatiefwetsvoorstel tot aanpassing van de arbeidsduur. Het initiatiefwetsvoorstel Rosenmöller c.s. voorzag in de mogelijkheid de arbeidsduur aan te passen door een wijziging van de Arbeidstijdenwet. In een toelichting bij het initiatief-wetsvoorstel (en met name art. 4:1a Arbeidstijdenwet) werd door Rosenmöller c.s. opgemerkt dat art. 4.1 van die wet niet expliciet betrekking heeft op de arbeidsduur. De initiatiefnemers gaven aan dat, gezien de doelstellingen en de geschiedenis van de totstandkoming van de Arbeidstijdenwet, het voor de hand lag een eventuele wettelijke bepaling ter bevordering van deeltijdarbeid en ter vergroting van arbeidsduurdifferentiatie toe te voegen aan de Arbeidstijdenwet. De regering antwoordde evenwel dat de Arbeidstijdenwet de normering geeft voor arbeids- en rusttijden en voor de beleidsvoering over die twee punten, maar niet ziet op de arbeidsduur als arbeidsvoorwaarde.²¹⁷ Om die reden werd het uit oogpunt van systematiek beter geacht om de aan-

217 Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26 358, nr 3, p. 9.

passing van arbeidsduur als arbeidsvoorwaarde niet in de Arbeidstijdenwet te regelen.

2.2.1 *Werktijden teruggebracht van 45 naar 40 uren per week*

Juist omdat arbeidstijden wat hybride zijn, in die zin dat zij van zichzelf geen arbeidsvoorwaarden zijn, maar dat zij, gekoppeld aan veranderingen in overwerkvergoedingen en loon, misschien wel een arbeidsvoorwaarde vormen, wordt in de lagere rechtspraak geworsteld met de norm die moeten worden toegepast op de beoordeling van wijziging van werktijden. Moet, omdat er wellicht geen sprake is van een arbeidsvoorwaarde, art. 7:613 BW terzijde worden gelegd en art. 7:611 BW worden toegepast? Een worsteling volgt (Ktr. Helmond²¹⁸):

De werkgever heeft de werkweek van de werknemers van tenminste 45 uur per week eenzijdig teruggebracht naar 40 uur per week. De eerste 40 uur werden uitbetaald op 100% van het uurloon, de volgende vijf uur tegen 128% en de daaropvolgende uren op 147% van het basisuurloon. En verder heeft de werkgever eenzijdig besloten de middagwerktijden zodanig te wijzigen dat de voorheen doorbetaalde middagpauze van 15.00 uur tot 15.10 uur kwam te vervallen. Zeven werknemers spannen tegen hun werkgever een procedure aan. Daarin komt de vraag aan orde welke norm moet worden toegepast als in de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer geen wijzigingsbeding is opgenomen als bedoeld in art. 7:613 BW. De kantonrechter meent dat een eenzijdige wijziging zonder instemming van de werknemer moet worden beantwoord aan de hand van het zogenoemde Taxi Hofman-arrest (HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767). Dit betekent volgens de kantonrechter dat allereerst moet worden beoordeeld of sprake is van veranderde omstandigheden op het werk. De werkgever heeft zich in dat verband beroepen op twee omstandigheden. Op de eerste plaats noopt de bedrijfseconomische situatie in de vorm van teruglopende orderaantallen en teruglopende bedrijfsresultaten tot ingrijpen en kostenbesparingen. Op de tweede plaats wenst de werkgever te komen tot een aanpassing van het arbeidspatroon aan de voorschriften van de CAO en de Arbeidstijdenwet (ATW).

218 Ktr. Helmond, 28 juli 2004, JAR 2004/212.

Ten aanzien van de eerste door de werkgever aangevoerde omstandigheid stelt de kantonrechter de werkgever in de gelegenheid als nog jaarstukken over te leggen of op de griffie te deponeren. Maar ietsje verderop in het vonnis waagt de kantonrechter zich al aan een uitleg over de uitkomst, op voorhand. Indien, zo zegt de kantonrechter, uit de nog te deponeren jaarcijfers inderdaad een zodanig dramatisch beeld oprijst als door de werkgever geschetst, dan kan worden gesproken van veranderde omstandigheden op het werk.

De volgende vraag is dan of in het kader van de kostenbesparingen een salarisoffer van de werknemers kan worden gevraagd. De kantonrechter overweegt dat nu er minder uren zullen worden gewerkt, er ook meer vrije tijd voor in de plaats gekomen is. Bovendien wordt de situatie in overeenstemming gebracht met de CAO en de ATW, hetgeen als een belang van zowel werknemers als werkgever moet worden aangemerkt. Verder heeft de werkgever ook andere kostenbesparende maatregelen genomen. Ten slotte overweegt de kantonrechter dat, wat de aard en omvang van de kostenbesparingen maatregelen betreft, slechts sprake kan zijn van een marginale toetsing, omdat het niet aan de rechter is op de stoel van de ondernemer te gaan zitten.

Voorts overweegt de kantonrechter – ten aanzien van de tweede aangevoerde omstandigheid – dat het streven van de werkgever om ter zake van het arbeidspatroon meer aansluiting te zoeken bij de CAO en de ATW, in die zin dat in de toekomst in beginsel een vaste 38-urige werkweek geldt en dat overwerk nog slechts een incidenteel karakter kan hebben en wordt beperkt tot een maximum aantal uren, op zichzelf genomen kan worden gebillijkt. Maar de kantonrechter acht deze omstandigheden in strikte zin niet als gewijzigde omstandigheden op het werk in de zin van het Taxi Hofman-arrest. Bovendien geldt voor een dergelijke aanpassing dat deze niet van de ene op de andere dag en zonder enig overleg met de werknemer kan worden doorgevoerd. De aanpassing impliceert immers een relevante inkomensachteruitgang voor de werknemer.

Dan komt de kantonrechter toe aan de tweede poot van de Taxi Hofman-‘leer’, te weten de redelijke voorstellen van de werkgever. De kantonrechter overweegt dat van redelijke voorstellen van werkgever in het geheel geen sprake is geweest. In eerste instantie was er zelfs geen voorstel, laat staan overleg. De werkgever heeft de nieuwe regeling eenvoudigweg ingevoerd.

Vervolgens geeft de kantonrechter nog een overweging over de door de werkgever voorgestelde compensatieregeling. De kantonrechter acht de door de werkgever voorgestelde financiële genoegdoening schamel en volstrekt onvoldoende en de kantonrechter stelt een betere afbouwregeling voor.

Denkbaar zou ook geweest zijn dat eerst was beoordeeld of sprake was van een arbeidsvoorwaarde in de zin van art. 7:613 BW. Bij die beoordeling zou onder meer acht geslagen hebben kunnen worden op de omstandigheid dat een salarisoffer gevraagd werd (waarover ook de hierna onder 2.2.2. volgende uitspraak van de kantonrechter te Delft d.d. 1 maart 2007, JAR 2007/130 gaat). Zou geconcludeerd worden dat sprake is van een arbeidsvoorwaarde in de zin van art. 7:613 BW en zou vervolgens de gevolgtrekking worden gemaakt dat de werkgever geen eenzijdige-wijzigingsbeding had gesloten met de werknemer(s), dan zou niet goed-werknemerschap, maar de norm van 6:248 lid 2 BW ofwel de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid uitkomst hebben moeten bieden. Dat zou waarschijnlijk tot een andere uitkomst hebben geleid, zowel voor wat betreft de waardering van de jaarcijfers als het gevraagde salarisoffer.

2.2.2 *Werktijden*

Werktijden zijn, zoals hierboven werd gesignaleerd, geen arbeidsvoorwaarden in de strikte zin van het woord. Rust- en arbeidstijden zijn weliswaar in de Arbeidstijdenwet geregeld en de ondernemingsraad speelt door middel van de instemming die hij moet verlenen op grond van art. 27 lid 1 aanhef en onder b WOR, een vooraanstaande rol, maar arbeidsvoorwaarden in de strikte zin van het woord zijn de werktijden in tegenstelling tot de arbeidsduur niet.

Verwezen wordt naar de uitspraak van de kantonrechter te Zaandam.²¹⁹ Een werknemer vordert dat hij wedertewerkgesteld wordt in de nachtdienst op basis van twee weken nachtdienst per vier weken en volgens in de dagvaarding genoemde werktijden.

De kantonrechter overweegt dat het zowel volgens de toepasselijke CAO als volgens het arbeidscontract toegestaan is de werktijden aan te passen aan de eisen van de door de werkgever te leve-

219 Ktr. Zaandam, 16 november 2006, JAR 2006 / 296.

ren dienstverlening. Die zijn in dit geval een verschuiving van de werkzaamheden waarbij de werknemer als een van de weinige allrounders het best zoveel mogelijk binnen het reguliere werk van de specialistische diensten moet kunnen worden ingezet. Deze redenen komen de kantonrechter niet onredelijk over.

De kantonrechter overweegt verder dat niet terzake doet dat wellicht geen sprake is van zwaarwichtig belang als bedoeld in art. 7:613 BW, omdat het aanpassen van het werkrooster niet is aan te merken als een wijziging van arbeidsvoorwaarden zoals bedoeld in genoemd wetsartikel. De kantonrechter overweegt verder dat de vastgestelde vrijheid van de werkgever natuurlijk niet onbeperkt is. Om te beginnen dient een en ander voorafgaand aan de roosterwijziging met de betrokken werknemer te worden besproken. Verder heeft de werkgever zich te richten naar de eisen van goed werkgeverschap. Deze eisen kunnen met zich meebrengen dat financieel nadelige gevolgen van een roosterwijziging en meer in het bijzonder een forse terugval in de onregelmatigheidstoelagen worden verzacht, al was het maar doordat een overgangsregeling wordt getroffen. Daartoe zal met name aanleiding zijn als een werknemer al gedurende zeer lange tijd structureel nachtdiensten heeft gedraaid waarop hij zijn leven en uitgavenpatroon heeft ingericht, maar daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. Hij heeft slechts relatief korte tijd structureel nachtdiensten gedraaid. 'Ik kan me voorstellen', zo overweegt de kantonrechter 'dat eiser graag de extra verdiensten had behouden (...) maar in redelijkheid kan niet worden volgehouden dat hij door het wegvallen daarvan zo is getroffen dat de werkgever daarvoor geheel dan wel gedeeltelijk zou moeten opkomen.'

Hier staat tegenover de beslissing van de kantonrechter te Delft²²⁰, waarin overwogen wordt dat een werkrooster een arbeidsvoorwaarde is.

De kantonrechter neemt in de feiten op dat de werknemer niet alleen sinds 1 april 2002 in uurloon dienst is, laatstelijk in de functie van verzorgende voor 21 uur gemiddeld per week maar ook dat zij op in 1960 geboren is, en alleenstaande moeder met de zorg voor haar zoon en dat zij werkzaamheden verricht op basis van

220 Ktr. Delft, 1 maart 2007, JAR 2007/130.

vaste werktijden te weten drie dagen per week van 's ochtends 8:30 tot 's middags drie uur en één keer per vier weken in het weekend. De werkgever heeft 2400 werknemers in dienst waarvan 60 tot 70% verzorgenden zijn. De taken van de verzorgenden strekken zich uit over de hele dag en de spits is van ongeveer 07.30 uur tot 10.30 uur. In de instelling waar de werkneemster werkzaam is zijn 20 verzorgenden in de ochtend vanaf 07.30 uur waarvan vijftien blijven tot 16.00 uur. In de avond zijn er 5 verzorgenden en 2 gedurende de nacht. Het voorstel van de werkgever is dat de werkneemster voortaan 21 uur moet gaan werken volgens een wisselend rooster met flexibele inzet. De werkneemster heeft aangevoerd dat zij vast wil houden aan haar oorspronkelijke werktijden vanwege haar privé-situatie. De bijzondere opvoeding van het kind vergt dat ze met regelmaat werkt en niet gedurende flexibele werktijden werkzaam kan zijn. Het kind heeft verlatingsangst. De werkneemster heeft ook nog uitgesproken dat zij naast het diploma ziekenverzorgster ook een diploma secretaresse bezit en dat ze (ook) in de laatste functie bereid is te werken. De werkgever reageert met de opmerking dat zij vanuit organisatorisch perspectief niet in kan gaan op de wensen van de werkneemster. De kantonrechter overweegt dat vaststaat dat tussen partijen bij aanvang van het dienstverband mondelinge afspraken zijn gemaakt over de door de werkneemster te werken uren en dat in december 2002 een eerdere aanvangstijd is afgesproken. Bij deze afspraken is rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de werkneemster. Verder staat vast dat de werkneemster vanaf december 2002 tot 27 december 2006 volgens deze tijden haar werkzaamheden heeft verricht. De tussen partijen afgesproken arbeidstijden zijn daarmee naar het oordeel van de kantonrechter een door de werkneemster verworven arbeidsvoorwaarde geworden. Dat de arbeidstijden niet schriftelijk zijn vastgelegd doet daaraan niets af.

De kantonrechter laat hier dus de bijzonderheid van de individuele en aantoonbaar op de persoonlijke situatie toegespitste afspraken over de werktijden meespelen bij het antwoord op de vraag of werktijden arbeidsvoorwaarden kunnen zijn in de zin van art. 7:613 BW. Geconstateerd kan worden dat werkroosters en werktijden in beginsel nog geen arbeidsvoorwaarden zijn, maar dat op grond van bijzondere omstandigheden, zoals de individuele situatie, maar ook verbandingen met andere arbeidsvoorwaarden als het loon in de vorm van een toeslag voor bijzondere uren, de werktijd tot arbeidsvoorwaarde kan promoveren.

Daarnaast is het de moeite waard een tweetal zaken tussen ondernemer en ondernemingsraad de revue te laten passeren, omdat, bij de beoordeling van arbeidstijden, die, mits in de vorm van een regeling, in de catalogus van art. 27 WOR voorkomen, weer andere normen worden gebruikt dan het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW. Art. 27 WOR noemt namelijk drie uitgewerkte vormen van zwaarwegende belangen, te weten zwaarwegende bedrijfseconomische, zwaarwegende bedrijfssociale en zwaarwegende bedrijfsorganisatorische redenen.²²¹ Deze drie normen zijn in de loop de jaren in de vorm van verschillende uitspraken uitgewerkt, die zijn gegroepeerd in met name het blad ROR (Rechtspraak Ondernemingsraden).

De kantonrechter te Hoorn²²² worstelt duidelijk met de invulling van de drie begrippen (zwaarwegende) bedrijfseconomische, bedrijfssociale en bedrijfsorganisatorische redenen. Zo vindt hij dat een verandering in het ploegenregiem wellicht een vermindering van de verdiensten van de werknemers kan opleveren, maar dat hij de afbouwregeling die de werkgever heeft voorgesteld niet in het kader van het genoemde drietal redenen kan beoordelen, omdat – in de ogen van de kantonrechter – deze drie redenen kennelijk niet zo ver gaan als het zwaarwichtig belang ingevolge art. 7:613 BW, waarin het (volgens hierna, in 2.13, nog te bespreken jurisprudentie) al heel gewoon is een afbouwregeling in de belangenafweging te betrekken.

De kantonrechter moest een oordeel vellen over een wijziging van een ploegendienstregiem voor bepaalde afdelingen in een fabriek die zich bezighield met het bedrukken van blik. Enige jaren geleden was afgesproken dat een vijfploegendienst tijdelijk zou worden ingesteld en dat tegelijkertijd belangrijke investeringen door het Franse hoofdkantoor zouden worden gedaan. Omdat de marktresultaten tegenvielen, is het van deze investering niet gekomen. De ondernemingsraad erkent dat de vijf ploegendienst een tijdelijke maatregel is, maar de ondernemer moet eerst de investeringen nakomen. Verder stelt de ondernemingsraad zich op het standpunt dat, met de beoogde wijziging van tweeploegendienst naar een dagdienst, voor een andere afdeling de flexibiliteit van deze afde-

221 Strikt genomen is er nog een miniem maar m.i. verwaarloosbaar verschil tussen zwaarwegend en zwaarwichtig. Zwaarwegend betekent veel gewicht in de schaal leggend, terwijl zwaarwichtigheid inhoudt dat iets zeer belangrijk is en van hoog gewicht.

222 Ktr. Hoorn, 19 mei 2003, JAR 2003/153.

ling wordt aangetast, hetgeen ook geldt voor de afdeling expeditie, omdat het beperken van de openingstijden van deze afdeling leidt tot een slechte bereikbaarheid van onderneming.

De kantonrechter overweegt dat uit de wetsgeschiedenis van art. 27 lid 4 WOR kan worden afgeleid dat de kantonrechter allereerst dient te beoordelen of de weigering van de ondernemingsraad om instemming te geven onredelijk is. Eerst dienen dan de argumenten van de ondernemer voor zijn voorgenomen besluit te worden bekeken en vervolgens dienen de argumenten van de OR om instemming te weigeren daar inhoudelijk tegen te worden afgewogen. Verder zijn er dan nog de drie in de WOR genoemde zwaarwegende redenen van bedrijfseconomische, bedrijfs sociale en bedrijfsorganisatorische aard.

De kantonrechter neemt allereerst aan dat de ondernemingsraad zijn instemmingsrecht heeft willen gebruiken als drukmiddel om de ondernemer ertoe te brengen alsnog met overeengekomen investeringen over de brug te komen, maar het instemmingsrecht is daarvoor niet bedoeld, althans de procedure ingevolge art. 27 WOR is er niet om discussie te voeren over het investeringsbeleid van de ondernemer. Verder vindt de kantonrechter dat bedrijfsorganisatorische en bedrijfseconomische redenen doorslaggevend zijn.

Bij de bedrijfseconomische redenen stelt de kantonrechter voorop dat het primaat bij de ondernemer ligt. Deze is verantwoordelijk voor efficiëntie en de effectiviteit van de bedrijfsvoering. De ondernemer is bevoegd in de organisatiestructuur bepaalde wijzigingen aan te brengen, mits deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de werknemer kunnen worden gevergd. Van gerechtvaardigde inhoudelijke bezwaren tegen de regeling op zichzelf is onvoldoende gebleken. Ook de bedrijfsorganisatorische redenen worden afgewezen, onder andere omdat de geplande wijziging van het ploegendienstregiem al feitelijk is gerealiseerd en in de praktijk geen probleem oplevert. Verder kent de CAO een goede afbouwregeling en daarmee wordt het argument van de ondernemingsraad gepareerd, dat de werknemers een grote financiële aderslating van 20% moeten ondergaan.

Gebleken is dat de ondernemingsraad bereid is geweest met de wijzigingsvoorstellen te accorderen onder de voorwaarde dat de ondernemer een financieel gunstiger afbouwregeling zou aanbieden dan de CAO biedt, maar dat heeft de ondernemer niet gedaan. Of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onvoldoende is tegemoetgekomen aan de financiële belangen van de werknemers,

laat de kantonrechter vallen buiten de reikwijdte van de hem in art. 27 lid 4 geboden toetsingsmaatstaf.

2.2.3 *Dienstroosters*

De omstandigheid dat wijziging in de arbeidstijden gevolgen kan hebben voor de verdiensten van de werknemer maakt de afweging door rechters vindingrijk. Besloot de kantonrechter te Hoorn²²³ (zie 2.2.2.) nog dat de zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfs-sociale en bedrijfseconomische redenen hem niet voldoende ruimte gaven om een afbouwregeling te beoordelen, het gerechtshof te Den Haag²²⁴ komt tot de overweging dat de roosterwijzigingen op zichzelf niet van invloed kunnen zijn op de bestaande hoogte van onregelmatigheidstoelagen. Volgens het hof doet instemming van bonden en ondernemingsraad met de nieuwe dienstroosters onvoldoende ter zake, nu de werknemer zelf niet heeft ingestemd. Uit het arrest wordt slechts duidelijk dat de werknemer niet aan de CAO gebonden was (behalve enige tijd via de algemeen-verbindendheid (AVV) van bepalingen van de CAO), maar niet dat er geen eenzijdige-wijzigings-beding was.

De werkgever komt in hoger beroep tegen de overweging van de kantonrechter waarin deze de samenvoeging van de dienstroosters in 1998 met instemming van de ondernemingsraad en de vakbonden betiteld heeft als een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de werkgever. De kantonrechter kwam tot deze conclusie omdat noch gesteld noch gebleken was dat de mogelijkheid van wijziging van roosters was opgenomen in de CAO die ten aanzien van de werkgever gold en waaraan de werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst zou zijn gehouden. De werkgever concludeert dat bij geen van de drie roosterwijzigingen sprake is geweest van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, maar steeds van een wijziging van de dienstroosters conform de arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder de ter zake geldende regeling in op de arbeidsovereenkomst van toepassing verklaarde CAO. Het hof redeneert geheel anders. Hij verstaat onder roosterwijzigingen het wijzigen van dienstroosters ‘in de zin van wie op welke dagen en uren dienst heeft’, maar zonder dat dit van invloed is op

223 Ktr. Hoorn 19 mei 2003, JAR 2003/153.

224 Gerechtshof Den Haag 31 maart 2006, JAR 2006/136.

de bestaande hoogte van de onregelmatigheidstoelagen en de geldende lengte van de werkweek. Verlaging van een beloning van de werknemer in de vorm van halvering van de toeslag voor het werken op zaterdagen en het verhogen van het aantal arbeidsuren per week van 36 uren naar 38 uur en vervolgens van 38 uur naar 40 uur kunnen dan ook niet eenvoudigweg worden geregeld door middel van roosterwijzigingen, ook al bestond hiervoor instemming van bonden en ondernemingsraad. De werknemer die niet heeft ingestemd met deze wijziging in de arbeidsvoorwaarden is daaraan niet gebonden.

Deze oplossing van het hof mag creatief genoemd worden, maar valt wel erg veel terug op de periode vóór 1998, toen het eenzijdige-wijzigingsbeding nog niet bestond en de instemming van de werknemer een grotere rol speelde dan nu. Het hof had ook, nu een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbrak, de maatstaf van de onaanvaardbaarheid ex art. 6:248 lid 2 BW kunnen toepassen. De in par. 2.2.2 genoemde kantonrechter in Zaandam past (daarentegen) verrassend de maatstaf van het goed-werkgeverschap toe, en vult deze allereerst formeel in (door te verlangen dat de roosterwijziging vooraf met de werknemer wordt besproken) en voorts dat financieel nadelige gevolgen met een overgangsregeling worden opgelost (waarvoor in dit geval geen plaats was). Het zou mijns inziens consistentier zijn de norm van art. 7:611 BW in zijn algemeenheid, dus van goed-werknemerschap en goed-werkgeverschap tezamen, te gebruiken. In die norm zitten beide rollen besloten, doordat van de werkgever verlangd wordt dat hij redelijke voorstellen doet, die verband houden met veranderingen op het werk en waarop de werknemer weer in het algemeen positief moet ingaan. De rol van enkel goed-werkgeverschap (zonder de verbinding met goed-werknemerschap) dient beperkt te blijven tot de disciplinaire maatregelen, zoals terugplaatsing in functie als straf (en voor een specifieke invulling van het begrip billijkheidshalve in art. 7:685 BW).

De instemming van de OR is belangrijk, maar geeft niet altijd in de beoordeling van het zwaarwichtig belang van de wijziging (en harmonisatie) van werktijden de doorslag. Daarop duidt, naast het zo-even besproken arrest van het hof 's Gravenhage (JAR 2006/136), ook onderstaande uitspraak van de kantonrechter te Maastricht.²²⁵

225 Ktr. Maastricht, 29 maart 2005, JAR 2005/105.

De werkgever heeft, met instemming van de ondernemingsraad, besloten om met ingang van 1 januari 2005 het rooster van de werktijden voor de werknemers van één bepaalde vestiging zodanig te wijzigen, dat zij daadwerkelijk 36 uur (in plaats van 35) werken.

De arbeidsovereenkomst kent de bepaling dat, indien de op deze arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde voorwaarden door de overheid ingrijpend worden gewijzigd, de werkgever zich het recht voorbehoudt deze overeenkomst eenzijdig aan te passen, mits van deze mogelijkheid een redelijk gebruik wordt gemaakt. De kantonrechter is van oordeel dat wetgeving (of overheidsbeleid) ten aanzien van de gelijke behandeling niet onder deze bepaling valt, omdat die wetgeving te weinig specifiek op de arbeidsvoorwaarden van deze werkgever ziet. Bovendien zijn er diverse alternatieven te bedenken. De maatstaven van art. 7:660 BW, te weten het instructierecht van de werkgever, alsmede art. 7:611 BW schieten tekort. De kantonrechter overweegt dat als art. 7:611 al van toepassing is, deze ingevuld moet worden met de normen uit art. 7:613 en art. 7:658 BW.

Zoals blijkt uit hoofdstuk 1.14.3, bepleit ik dat in omstandigheden waarin de werkgever eenzijdig een of meer arbeidsvoorwaarden wil wijzigen en de wijziging niet gegrond is op veranderingen in een CAO of op wijzigingen die met de OR overeengekomen zijn, en voorts, zoals hier, de *imprévision* is opgenomen als maatstaf in de individuele arbeidsovereenkomst, art. 6:258 BW uitkomst kan bieden.

2.3 Pensioen

Pensioen is een arbeidsvoorwaarde.²²⁶ Zowel op grond van de oude Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) als de nieuwe Pensioenwet bestaat tussen werkgever en werknemer ter zake van pensioen een relatie, die respectievelijk als pensioentoezegging en pensioenovereenkomst wordt aangeduid. Wat betreft de wijzigingen van opgebouwde pensioenaanspraken regelt (art. 17 van) de (nieuwe) Pen-

²²⁶ De ondernemingsraad heeft op grond van art. 27 WOR instemmingsrecht ten aanzien van een voorgenomen besluit van de werkgever tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling m.b.t. pensioenverzekering.

sioenwet dat de tot het tijdstip van een voorgestelde verlaging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd mogen worden. De oude Pensioen- en spaarfondsenwet kende in art. 2 lid 7 een aparte bepaling over de wijziging van de betaling van de pensioenpremie door de werkgever. De nieuwe Pensioenwet kent een art. 18, waarvan de tekst is ontleend aan art. 7:613 BW. Indien in de pensioenovereenkomst een eenzijdige-wijzigingsbeding is opgenomen, dient deze geacht te worden in de arbeidsovereenkomst te zijn opgenomen.²²⁷ Een eenzijdige-wijzigingsbeding als bedoeld in de Pensioenwet kan niet bij CAO worden vastgelegd.²²⁸ In pensioenregelingen komen vaak beperkt geformuleerde wijzigingsbedingen voor, waarbij slechts voor een beperkt aantal wijzigingen een bevoegdheid tot wijziging zonder instemming van de werknemer wordt geboden. De omstandigheid dat er kennelijk voor gekozen is slechts een beperkt aantal gronden voor wijziging toe te laten, betekent dat de algemene norm van het zwaarwichtig belang in die gevallen niet meer kan worden toegepast.²²⁹ De uitvoering van de pensioenovereenkomst leidt vaak weer tot een relatie met een derde (pensioenfonds en verzekeraar), die een afgeleide of zelfstandige wijzigingsbevoegdheid kan verkrijgen.²³⁰

Voor de invulling van het zwaarwichtig belang bij wijziging van de pensioenovereenkomst wordt waarde gehecht aan overleg met en instemming van de OR alsmede aan het consent van een (overgrote) meerderheid van werknemers, zoals blijkt uit onderstaande uitspraak.²³¹

Voor de werknemers van het bedrijf geldt vanaf 1 januari 2001 het zogenoemde flexibel bedrijfspensioen van de verzekeraar Centraal Beheer. Het ouderdomspensioen is gebaseerd op het zogenaamde middelloon plus indexering. Vóór die tijd was het gebaseerd op het eindloon zonder indexering. De ondernemingsraad heeft in de overlegvergadering van 5 december 2003 besloten om akkoord gaan met het voorstel van de werkgever. Dit voorstel hield in dat de indexering met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 werd aangepast, door de huidige indexering op basis van prijsindex

227 E. Lutjens, wijziging van een pensioenregeling, SR 2006, 36, p. 187.

228 Verwezen wordt naar paragraaf 1.6.2. en 1.6.4. hierboven. Anders: Lutjens, wijziging van een pensioenregeling, SR 2006, 36 p. 188.

229 Zie ook E. Lutjens, wijziging van een pensioenregeling, SR 2006 36, p. 189.

230 Het gaat te ver dit hier verder te bespreken; zie E. Lutjens, Wijziging van een pensioenregeling, Sociaal Recht 2006, p. 191 die dit omstandig behandelt.

231 Ktr. Nijmegen, 30 juni 2006, Praktijkgids 2006, 140.

CBS te handhaven maar tevens te koppelen aan de overrente. De maatregel is voorgesteld om te voorkomen dat de pensioenpremie mede door de huidige wijze van indexering fors zal stijgen, waardoor jaarlijks door alle medewerkers een aanzienlijke bijdrage in de pensioenpremie betaald zou dienen te worden. Met name de jongere medewerkers zullen substantieel uit eigen middelen moeten gaan bijdragen aan de pensioenen van oudere medewerkers. De werkgever merkte op dat, hoewel zeker een beroep gedaan mag worden op het solidariteitsbeginsel, er wel voor gewaakt moet worden dat dit geen buitensporige vormen aanneemt. Daarom is de huidige indexering kritisch bekeken. Honderddertien werknemers zijn akkoord gegaan en alleen de eisende werknemer en een persoon die niet meer in dienst is hebben de instemmingsverklaring niet ondertekend. De werknemer heeft allereerst aangevoerd dat hij niet heeft ingestemd met de wijziging en dat de instemming van ondernemingsraad niet kan worden gelijkgesteld aan de instemming van de individuele werknemer.

De kantonrechter bespreekt de stelling van de werknemer dat er geen sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding. De kantonrechter volgt de werknemer daarin niet. Hij heeft een verklaring getekend akkoord te gaan met de inhoud van het intern reglement en daardoor is het intern reglement deel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. De kantonrechter overweegt voorts dat, nu de ondernemingsraad en een grote meerderheid van het personeel heeft ingestemd met de aangepaste nieuwe pensioenregeling, voorshands aannemelijk is dat sprake is van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever. De kantonrechter neemt hierbij in aanmerking dat niet is gesteld of gebleken dat de ondernemingsraad en de medewerkers (die hebben ingestemd) op grond van de door de werknemer gestelde gebreken teruggekomen zijn op hun instemming. De kantonrechter overweegt ook nog dat de zwaarwichtigheid van het belang niet wordt gerelativeerd, omdat een redelijke overgangstermijn ontbreekt, de financiële positie van de werkgever goed is en de winstuitkering van jongere medewerkers op peil kan worden gehouden door minder dividend uit te keren aan de aandeelhouders. Een onvoorwaardelijke overgangstermijn kan niet worden verlangd, nu die er op neer zou komen dat de werkgever de nieuwe pensioenregeling over een bepaalde periode niet zou kunnen toepassen, hetgeen strijdig is met doel en strekking van art. 7:613 BW. Ook is de werkgever niet gehouden, als goed werkgever, de nadelige gevolgen voor de jongere medewerkers te repareren. De medewerkers

mogen dit in redelijkheid niet verwachten. Verder wordt klaarblijkelijk niet door de andere medewerkers gedragen dat een winstuitkering of hogere pensioenopbouw geen verschil maakt.

Ook de in art. 2 lid 7 PSW (oud) neergelegde maatstaf dat een voorbehoud van wijziging van de door de werkgever op zich genomen verplichting van betaling van een bijdrage in de pensioenpremie nodig is voor een verandering van de bijdrage vanwege een ingrijpende wijziging van omstandigheden, wordt benut.²³²

Partijen verschillen van mening of zij een eenzijdige-wijzigingsbeding zijn overeengekomen. De kantonrechter constateert dat een specifieke bepaling ten aanzien van pensioenregeling is neergelegd in art. 2 lid 7 Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Dit artikel bepaalt dat een werkgever bij een toezegging omtrent pensioen de bevoegdheid tot vermindering van de bijdrage aan de pensioenregeling moet hebben voorbehouden, alvorens tot een wijziging van die bijdragen over te kunnen gaan. De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever met de werknemer een eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen, dan wel een voorbehoud ex art. 2 lid 7 PSW heeft gemaakt. Voor de keuze van de te hanteren maatstaf overweegt de kantonrechter dat de zaak een wijziging van de bijdragen in de pensioenregeling betreft en dat art. 2 lid 7 PSW een *lex specialis* is ten opzichte van art. 7:613 BW voor wat betreft wijzigingen in de premiebijdrage voor het pensioen. De kantonrechter zoekt daarom aansluiting bij de maatstaf zoals neergelegd in art. 2 lid 7 PSW. Ingevolge dit artikel kan de werkgever gebruikmaken van het gemaakte voorbehoud, indien er sprake is van een ingrijpende wijziging van omstandigheden. De werkgever heeft daartoe aangevoerd dat hij veel extra kosten moest maken, voorts gewezen op het belang van harmonisatie van de binnen de onderneming geldende arbeidsvoorwaarden en ten slotte nog gerept over toenemende concurrentie door landen uit het voormalige Oostblok. De kantonrechter acht de door de werkgever aangevoerde argumenten onvoldoende steekhoudend.

De vraag of geen sprake is van een eenzijdige wijziging van een pensioenregeling, omdat door de werkgever geen pensioentoezegging

232 Ktr. Gouda, 16 november 2006, RAR 2007, 101.

zou zijn gedaan, kwam onlangs aan de orde en werd negatief beantwoord.²³³

De kantonrechter constateert dat iedere werknemer een premievrij pensioen genoot gedurende een lange periode. Die periodes variëren per werknemer van 4 tot 22 jaar. Dat die arbeidsvoorwaarde niet bij de meeste werknemers schriftelijk in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, doet niets af aan het verworven recht dat door verloop van de jaren en de consistente handelwijze is ontstaan. De betwisting van de werkgever dat zij (g)een mondelinge toezegging heeft gedaan jegens de werknemers en dat daarom geen sprake is van wijziging van arbeidsvoorwaarden treft derhalve geen doel. Verder overweegt de kantonrechter dat, nu partijen geen (eenzijdige-)wijzigingsbeding zijn overeengekomen, de juridische maatstaf waarbinnen wijzigingen van collectieve arbeidsvoorwaarden eventueel kunnen plaatsvinden, de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is ingevolge art. 6:248 lid 2 BW. De vraag die volgens de kantonrechter beantwoord moet worden is of het in de gegeven omstandigheden instandhouden van een premievrij pensioen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn voor de werkgever. Als enige bijzondere omstandigheid heeft de werkgever aangevoerd dat ze financieel niet in staat is om de volledige pensioenpremie voor de werknemers te blijven voldoen. Dit financieel onvermogen is op geen enkele wijze onderbouwd, door bijvoorbeeld het overleggen van de jaarrekeningen, waaronder de winst- en verliesrekening van de werkgever en/of een accountantsverklaring. Er is onvoldoende gebleken van onaanvaardbaarheid.

2.4 Kinderopvang

Als de werkgever zonder eenzijdige-wijzigingsbeding (een) arbeidsvoorwaarden(regeling) wenst te wijzigen, dan dient deze wens getoetst te worden aan de maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, te weten dat het voor de werkgever onaanvaardbaar is dat hij de regeling, die hij graag zou willen veranderen, toch ongewijzigd moet blijven uitvoeren. En onaanvaardbaarheid is dan niet een met zwaarwichtig belang (art. 7:613 BW) of goed werk-

233 Ktr. Alphen aan den Rijn, 5 juni 2007, JAR 2007/166.

nemerschap (art. 7:611 BW) onderling uitwisselbare maatstaf, maar dient daadwerkelijk in de oorspronkelijke betekenis te worden toegepast. De kantonrechter te Amsterdam²³⁴ overweegt dat ook zonder eenzijdige-wijzigingsbeding overgegaan moet kunnen worden tot een eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarden, maar past de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid niet toe. Mijns inziens ten onrechte (waarbij voor een uitgebreide motivering verwezen wordt naar hoofdstuk 1.12).

De werknemer is voor onbepaalde tijd in dienst van de werkgever als secretaresse voor 80 procent van de werkweek. Op de arbeidsovereenkomst is een huishoudelijk reglement van toepassing waarin is bepaald dat de werknemer zich voor een bedrijfsplaats kan inschrijven bij een kinderopvang van eigen keuze. De rekening kan op naam van de werkgever worden gesteld en de werknemersbijdrage van 50% wordt via het salaris verrekend. In art. 1 van dit reglement heeft de werkgever zich het recht voorbehouden het reglement te wijzigen. De werknemer heeft een zoon gekregen (en vormt met hem een eenoudergezin). De werkgever heeft de regeling in zoverre eenzijdig gewijzigd, dat aan de werknemer is meegedeeld dat de bijdragen van de werkgever aan de kinderopvang voor éénoudergezinnen 50% zal zijn, met een maximum van € 226. De werknemer begint daarover een procedure.

De kantonrechter verwerpt het beroep van de werkgever op het eenzijdige wijzigingsbeding, omdat aan de inhouding voor de kinderopvang op het salaris van de werknemer een afspraak ten grondslag ligt, die moet worden aangemerkt als een van het huishoudelijk reglement losstaande arbeidsvoorwaarde tussen partijen. Dat betekent nog niet dat buiten het geval dat de werknemer toestemt, de arbeidsvoorwaarden niet kunnen worden gewijzigd, want in de relatie tussen werkgever en werknemer kunnen zich omstandigheden voordoen waaronder de werknemer zich er niet tegen kan verzetten dat een tussen hen geldend beding wijziging ondergaat.

De redelijkheid en de billijkheid en de verplichtingen van de werknemer als goed-werknemer bij het grote belang van de werkgever bij doorvoering van een gevarieerd pakket en kostenreducerende maatregelen brengen mee dat van de werknemer kan worden gevergd de gewijzigde kinderopvangregeling te aanvaarden.

234 Ktr. Amsterdam, 9 mei 2004, JAR 2004/136.

Er zit nog wellicht een element van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in, maar wat de werknemer heeft aangevoerd is door de Commissie Gelijke Behandeling verworpen.

2.5 Vervoersregelingen

Onder de verzamelnaam vervoersregelingen zal in deze paragraaf een aantal uitspraken van (kanton)rechters de revue passeren, waarin een collectieve vervoersregeling, met bijvoorbeeld bussen, maar ook lease-autoregelingen, reiskosten-woon-werkverkeer-regelingen alsmede carpoolregelingen figureren. Het is overigens opmerkelijk hoe vaak deze regelingen, die geen op art. 27 WOR gegrond instemmingsrechtelijk onderwerp voor de ondernemingsraad vormen, in de jurisprudentie aan de orde zijn gekomen. Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat bij vervoersregelingen vaker dan bij andere arbeidsvoorwaarden een element van verkapt loon aanwezig is. Over verkapt loon werd in hoofdstuk 2.1.14 al opgemerkt dat het geen daadwerkelijke geldelijke contraprestatie is voor verrichte arbeid, maar daar toch de sporen van draagt. Dat zal vooral het geval zijn, indien de voorwaarden die vaak verbonden zijn aan bijvoorbeeld een lease-auto of een telefoon, door de werknemer niet vervuld behoeven te worden. Een voorbeeld is dat de werknemer een lease-auto krijgt, terwijl er geen (enkele) noodzaak is om voor de vervulling van de functie een auto te berijden. Maar ook het de werknemer gegunde privé-gebruik van de zakelijke auto kan een aanwijzing zijn voor verkapt loon.

Teneinde te kunnen ontdekken of een bepaalde lijn zit in de uitspraken van rechters over vervoersregelingen, zal hieronder, soms bondig, soms uitgebreid en zonder commentaar of toelichting, rechtspraak aan de orde komen die sinds 1999 over lease-auto's, carpoools, reiskosten voor woon-werkverkeer en collectief vervoer is geweest. Daarna zal ik pogen gevolgtrekkingen te doen.

2.5.1 *Bedrijfsbus*

In de periode vlak na de invoering van het eenzijdige-wijzigingsbeding (in 1998), was de verhouding tussen het zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW en het goed-werknemerschap ex art. 611 BW (en nader ingevuld in het Taxi Hofman-arrest, ook uit 1998) nog onvoldoende duidelijk. De zoektocht naar de inhoud van het zwaarwichtig belang en het goed-werknemerschap verliep, maar het leek, bijna op

gevoel. De hiernavolgende uitspraak van de kantonrechter in Zwolle²³⁵ is een mooi voorbeeld van de wijze waarop onder de noemer van goed-werknemerschap eigenlijk een zwaarwichtig belang van de werkgever wordt afgewogen tegen het belang van de werknemer. Met name is dat het geval waar onder de noemer van de wijzigingen van omstandigheden (welke maatstaf uit het Taxi Hofman-arrest stamt en door de kantonrechter wordt toegepast) de schade van de werknemer moeilijk aan de orde kan komen, terwijl de schade aan het belang van de werknemer in de afweging van het zwaarwichtig belang juist uitdrukkelijk genoemd wordt. Art. 7:613 BW spreekt immers van een zwaarwichtig belang waarvoor naar maatstaven redelijkheid en billijkheid het belang van de werknemer dat wordt geschaad, moet wijken. In het onderhavige geval overweegt de kantonrechter dat de werknemer door de afschaffing van het bedrijfsvervoer juist vanwege het werken in ploegendienst op hoge kosten worden gejaagd. Ook wordt overwogen dat zulks te meer klemt nu sommige andere betrokken werknemers wel zijn gecompenseerd, in die zin dat zij voor een zacht prijsje een gebruikte bedrijfswagen konden aanschaffen (hetgeen door de werkgever ter zitting en tot verbazing van de getroffen werknemer werd medegedeeld).

De – in het kader van het oude art. 43 R.O. behandelde – zaak gaat over een door een werkgever opgezet collectief vervoerssysteem waarbij drie busjes werden ingezet die bemand werden met drie werknemers-chauffeurs. Deze chauffeurs haalden collegae in een ochtend- of avonddienst op en brachten ze weer weg. Voor de nachtdienst werd slechts incidenteel van de busjes gebruikgemaakt.

Aan de werknemers was bij hun indiensttreding schriftelijk te kennen gegeven dat zij van de busjes gebruik konden maken en dat deden zij ook feitelijk²³⁶. Op de werknemers die niet aan de collectief-vervoersregeling deelnamen, was een reiskostenvergoedingsregeling van toepassing, als voorzien in het bedrijfsreglement.

De werkgever heeft onder meer aan de werknemers meegedeeld dat met ingang van 1 september 1999 het collectief vervoer werd afgeschaft en dat vanaf die datum op iedere werknemer de gewone vergoedingsregeling van toepassing zou worden. De werkgever

235 Ktr. Zutphen, 9 november 1999, JAR 2000/24.

236 Uit de uitspraak komt niet naar voren of de 3 werknemers de busjes ook privé gebruikten (of alleen voor woon-werkverkeer).

motiveerde dit besluit met een verwijzing naar de praktische problemen als gevolg van de flexibilisering in zijn bedrijf, alsmede onrechtvaardigheid ten opzichte van de andere werknemers. Ook wees de werkgever op een te bereiken nettokostenbesparing van zeker fl. 37.000,- op jaarbasis.

De kantonrechter constateert dat de werknemers zich als een goed werknemer moet gedragen gevolgen art. 7:611 BW. Dit betekent dat hij in het algemeen positief dient in te gaan op redelijke voorstellen van zijn werkgever vanwege gewijzigde omstandigheden op het werk. Deze redelijke voorstellen moeten door de werknemer in beginsel worden aanvaard tenzij dat redelijkerwijs van hem niet gevergd kan worden. De kantonrechter past dus het Taxi Hofman-‘criterium’ toe, maar komt vervolgens tot de conclusie dat er geen sprake is van gewijzigde omstandigheden. De werkgever heeft op de toegenomen flexibilisering gewezen en op het feit dat meer dan voorheen in drieploegendienst wordt gewerkt, hetgeen ten aanzien van het bedrijfsgevoel de spoeling dunner maakt en de kosten hoger. Verder heeft de werkgever ter zitting duidelijk gemaakt dat de drieploegendienst alleen tijdelijk gebruikt wordt om piekbelasting op te vangen (en dan alleen aan bepaalde machines). In de nabije toekomst zal de vraagpiek weer afnemen. De kantonrechter concludeert dat niet valt in te zien dat de afschaffing van het collectief bedrijfsvervoer de wendbaarheid van de werkgever zal bevorderen.

Dat er vervolgens minder gebruikgemaakt wordt van het busje doordat er meer drieploegendiensten werken, vormt slechts een bescheiden gewijzigde omstandigheid, omdat aanvankelijk inclusief de chauffeur per busje zes personen vervoerd werden, oplopende in de jaren 80 naar negen en vervolgens afnemend naar vijf werknemers in 1997. Aan een verdere teruggang nadien moet voorbij worden gegaan, omdat de werkgever het besluit tot niet voortzetting bekend gemaakt heeft in 1997.

Interessant is vervolgens dat nog wordt aangevoerd dat er, bij handhaving van de regeling, ongelijke behandeling ten opzichte van andere werknemers bestaat, maar dat argument gaat volgens de kantonrechter niet op, omdat die ongelijkheid ook bestond op het moment dat de werkgever met de werknemer de arbeidsovereenkomst sloot, zodat er geen sprake is van gewijzigde omstandigheden.

Met betrekking tot het aangevoerde argument van de kostenbesparing overweegt de kantonrechter dat dit argument juist is, maar de kosten van de busjes vormen geen wijziging van omstandighe-

den. Het bedrijfsvervoer heeft de werkgever altijd geld gekost en de kosten zijn niet zodanig gestegen dat ze redelijkerwijs niet gedragen kunnen worden. De werkgever kan ook kleinere busjes inzetten.

Het bovenstaande impliceert niet dat de werkgever tot in lengte van jaren bedrijfsvervoer moet aanbieden. De werkgever, die een ondernemings-CAO kent, kan in die bedrijfs-CAO de vervoersfaciliteit aan de orde stellen, in onderhandeling met de vakbonden. Een uitstervingsregeling zou kunnen worden toegepast.

2.5.2 *Carpool- ofwel meerijdovereenkomst*

Soms doet zich bij een vervoersregeling de fundamentele vraag voor of sprake is van een arbeidsvoorwaarde en (dus) ook of art. 7:613 BW en het zwaarwichtig belang aan de orde is. In het hieronder genoemde en berechte geval²³⁷, wordt een kilometervergoeding, neergelegd in een tussen werkgever en werknemer gesloten meerijdovereenkomst, eenzijdig door de werkgever gewijzigd. De meerijdovereenkomst bevat de clausule dat zij door beide partijen kan worden opgezegd. De rechtbank, in het hoger beroep van Ktr. Apeldoorn²³⁸, is van oordeel dat dit geen wijzigingsbeding is ingevolge art. 7:613 BW. Gelet op de aard van een eenzijdige-wijzigingsbeding moet onder meer de eis worden gesteld, dat uit de bewoordingen ervan ondubbelzinnig blijkt, dat de werkgever de bevoegdheid heeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. De opzeggingsclausule in de meerijdovereenkomst voldoet niet aan dat criterium.

Een beroep op het opzeggingsrecht, teneinde de kilometervergoeding te verlagen, is volgens diezelfde rechtbank Zutphen in strijd met de eisen van art. 7:613 BW en voorts, onder deze omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en aldus in strijd met goed-werkgeverschap.

2.5.3 *Auto voor woon-werkverkeer*

Een auto voor woon- en werkverkeer kan, met name wanneer de werknemer de auto voor zijn functie niet nodig heeft, verkapt loon

²³⁷ Rechtbank Zutphen, 25 juli 2003, JAR 2003/13.

²³⁸ Ktr. Apeldoorn, 17 oktober 2001, JAR 2002/23. Zie ook Ktr. Deventer, 15 juni 2000, JAR 2000/226.

zijn. Dan kan ook de vraag van de orde komen of, wanneer de waarde van deze secundaire arbeidsvoorwaarde wordt gekapitaliseerd, er een wettelijke verhoging op grond van art. 7:625 BW kan worden toegekend.

De kantonrechter in 's Hertogenbosch kreeg die vraag voorgelegd.²³⁹

De werknemer is op 12 juni 1978 bij de rechtsvoorganger in dienst getreden in functie van de showroomverkoper voor 40 uur per week. Ongeveer 13 jaar geleden heeft de werkgever aan de werknemer een auto ter beschikking gesteld die door de werknemer gebruikt wordt voor woon-werkverkeer. De werknemer had deze auto niet nodig voor het uitvoeren van zijn werk. De werknemer voert aan dat het in feite ging om een beloningscomponent waarvoor hij normaal belastingheffing heeft betaald. Ook wordt zijn telefoonrekening door het bedrijf betaald. De waarde van deze looncomponenten kan worden vastgesteld op € 600 netto per maand. Ter gelegenheid van een fusie heeft de rechtsopvolger expliciet in een brief van december 2000 aangegeven dat de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden niet gewijzigd zullen worden. Desondanks heeft de nieuwe werkgever per 31 oktober 2003 aan de werknemer laten weten dat hij geen recht meer heeft op een auto van de zaak en evenmin op een telefoonkostenvergoeding.

De werkgever voert daartegen aan dat inlevering van de auto en de telefoneervergoeding (die overigens verder niet meer aan de orde komt omdat de werknemer daar geen punt meer van maakt: omdat alle andere 49 werknemers hebben ingestemd?) nodig is omdat de werkgever de arbeidsvoorwaarden na de fusie wilde harmoniseren, waarbij kostenoverwegingen ook een rol spelen. Aan de werknemers is een afbouwregeling gedurende twee jaar aangeboden in de vorm van een persoonlijke brutotoeslag. De afbouwregeling is met de ondernemingsraad overeengekomen en heeft de goedkeuring van de vakbonden.

De kantonrechter overweegt dat de terbeschikkingstelling van de auto gezien moet worden als een secundaire arbeidsvoorwaarde en dat de ter beschikkingstelling van de auto eenzijdig door de werkgever gewijzigd is zonder toestemming van de werknemer. De kantonrechter overweegt dat de werkgever niet bevoegd was om

239 Ktr. 's Hertogenbosch, 11 november 2004, JAR 2005/3.

zonder toestemming van de werknemer de arbeidsvoorwaarden te wijzigen, en de kantonrechter wijst daarbij op art. 7:663 BW, dat bepaalt dat rechten verplichtingen door de overgang van onderneming van rechtswege overgaan. Vervolgens bespreekt de kantonrechter de instemming door de ondernemingsraad en de vakorganisaties en stelt dat hun beider instemming niets afdoet aan de omstandigheid dat hij al geoordeeld heeft dat het niet toegestaan is eenzijdig te wijzigen. Vervolgens bespreekt de kantonrechter het goed-werknemerschap. Hij overweegt dat hij terughoudend dient te zijn met het aannemen van de redelijkheid van voorstellen van de werkgever om, in het geval dat een wijzigingsbeding ontbreekt, de arbeidsovereenkomst te wijzigen als gevolg van veranderde omstandigheden. Gesteld noch gebleken is dat voortzetting van betaling van de vergoeding voor de auto tot onaanvaardbare gevolgen bij de werkgever leidt. De wijziging kan daarom niet worden aanvaard.

De kantonrechter overweegt vervolgens nog dat de waarde van de aan de werknemer ter beschikking gestelde auto niet kan worden aangemerkt als een vast loonbestanddeel en dat de werkgever over een dergelijk bedrag ook geen fiscale inhoudingen hoeft te plegen, zodat ook de vordering tot nabetaling van de ingehouden loonheffing en tot betaling van wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW niet voor toewijzing in aanmerking komt.

2.5.4 *Bedrijfsauto (I)*

Strikt genomen zou de toekenning van een bedrijfsauto geen (secundaire) arbeidsvoorwaarde kunnen worden genoemd, omdat zij niet voorkomt in de catalogus van onderwerpen in art. 27 WOR. Dat wil niet zeggen dat een bedrijfsauto toch een arbeidsvoorwaarde kan zijn, omdat partijen onderling haar als zodanig kenmerken.²⁴⁰

Het bedrijf kent een bedrijfsregeling voor arbeidsvoorwaarden waarin een eenzijdige-wijzigingsbeding is opgenomen. Onder bepaalde voorwaarden kan een werknemer in aanmerking komen voor een bedrijfsauto. De regeling is in die zin gewijzigd, dat de werkgever aan haar werknemers heeft meegedeeld dat in het vervolg alleen nog een bedrijfsauto ter beschikking gesteld wordt, als het voertuig nodig is voor bezoek van klanten of als die wordt aan-

240 Ktr. Amersfoort, 27 april 2005, JAR 2005/139.

geboden als secundaire arbeidsvoorwaarde. De werkgever stelt zich op het standpunt dat dit geen eenzijdige wijziging is, maar dat de toetredingscriteria vanaf een bepaalde datum beter kunnen worden toegepast. Zij meent gerechtvaardigde gronden te hebben om onbedoeld gebruik van een bedrijfsauto terug te brengen tot normale proporties. De kantonrechter is van oordeel dat wel sprake is van arbeidsvoorwaarden en motiveert dit standpunt door erop te wijzen dat de werkgever de bedrijfsauto zelf ook tot de arbeidsvoorwaarden rekende en kennelijk van zodanig groot belang achtte dat ze daarover in overleg met de ondernemingsraad wenste te treden.

Verder is de kantonrechter van oordeel dat er geen sprake is van een zwaarwichtig belang. Onweersproken is dat RAET € 30 miljoen winst maakt op een omzet van € 100 miljoen, waar marktconform een winst van 9% wordt gerealiseerd. Verder komt het de kantonrechter voor dat kennelijk niet zozeer de bedrijfsauto het probleem is als wel de wijze waarop aan bepaalde functies inhoud wordt gegeven, zodat het niet langer toekennen van een auto in die zin een oneigenlijk instrument is.

Voor de werknemers daarentegen is het niet langer krijgen van een lease-auto een grote financiële aderlating. De vordering van de bonden om te verklaren voor recht dat de werkgever door de eenzijdige wijziging van de bedrijfsautoregeling toerekenbaar de arbeidsovereenkomst met de medewerkers (die een lease-auto hadden) niet is nagekomen, wordt toegewezen.

2.5.5 *Lease-auto (I)*

Indien aangenomen wordt dat sprake is van een eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde en dat (bij de aanwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding) een zwaarwichtig belang door de werkgever moet worden aangetoond, dient voorts nog de belangafweging plaats te vinden. In het onderstaande geval²⁴¹ wordt geoordeeld dat deze niet kan plaatsvinden door oorzaken die bij de werkgever gelegen zijn.

KPN kent een concernregeling met betrekking tot lease-auto's. Deze worden aan werknemer toegewezen op basis van de representativiteit of bedrijfseconomische redenen dan wel op grond van

241 Ktr. 's Gravenhage, 27 juni 2005, JAR 2005/237.

marktconformiteit. In de arbeidsovereenkomst is een eenzijdige-wijzigingsbeding opgenomen. De betrokken werknemer heeft bij zijn aanstelling (in 2001) een lease-auto gekregen op grond van een medische indicatie. In 2005 is hem te kennen gegeven dat hij de auto diende in te leveren. Wel is hem een overgangsregeling aangeboden, inhoudende dat hij de lease-auto gedurende drie maanden zou mogen blijven gebruiken en dat zijn reiskosten gedurende een jaar nadien met € 130,- zouden worden verhoogd. De werknemer vordert dat hij mag blijven gebruikmaken van de lease-auto.

KPN voert als eerste weer aan dat de concernregeling de toekenning van een lease-auto op medische indicatie niet kent. Verder wijst KPN op grootschalige reorganisaties en de noodzaak om nog veel meer te bezuinigen. Deze bezuinigingen hebben geleid tot een aanscherping van het toekenningsbeleid van deze auto's.

De kantonrechter is van oordeel dat het beding met betrekking tot lease-auto's kan worden gewijzigd indien KPN een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer (dat zou worden geschaad) daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Overwogen wordt dat niet blijkt van serieus medisch onderzoek. Omdat een bedrijfsarts van Arbo-Unie bevestigd had dat nooit (specialistisch) onderzoek of een (specialistische) behandeling had plaatsgevonden, is de kantonrechter van oordeel dat de belangen van de werknemer niet tegenover die van KPN kunnen worden gewogen. Het is aan KPN om een serieus onderzoek te verrichten met betrekking tot de medische noodzaak.

Verder acht de kantonrechter de door KPN aangevoerde bedrijfs-economische belangen voldoende door de werknemer weersproken. Deze had op zijn beurt (onweersproken) gesteld dat hij, toen hij in dienst kwam in 2001, ook geconfronteerd werd met een reorganisatie en dat het met KPN thans zelfs beter gaat dan drie jaar geleden. Bovendien heeft KPN geen specifieke belangen aangegeven die thans tot een ander inzicht met betrekking tot het beleid aangaande lease-auto's hebben geleid. Ten slotte dient volgens de kantonrechter nog in aanmerking te worden genomen dat partijen het erover eens zijn dat de werknemer op grond van de concern-autoregeling niet voor een lease-auto in aanmerking zou komen en dat die regeling ook niet is gewijzigd. Het betreft aldus een ingreep in een individueel arbeidsbeding. Dat behoeft te meer motivering en een kritische belangenafweging.

2.5.6 *Groepsvervoersregeling*

Bij vervoersregelingen speelt regelmatig de vraag of sprake is van een arbeidsvoorwaarde. In het onderstaande geval²⁴² poogde de werkgever de gedachte ingang te doen vinden dat een groepsvervoersregeling een faciliteit was en niet meer dan dat.

Philips kent sinds jaar en dag een zogeheten groepsvervoersregeling, waarbij (groepen) werknemers voor hun woon-werkverkeer gebruik kunnen maken van de door Philips ingezette en betaalde (touringcar)bussen. In de jaren 70 van de vorige eeuw maakten 11.000 Philips (en DAF-)medewerkers daarvan gebruik. In 2005 was het gebruik gedaald tot 200 medewerkers van Philips, onder wie de vijf procederende werknemers. Ongeveer 76 van de 200 gebruikers zijn woonachtig in België. Philips heeft de deelnemers schriftelijk (in januari 2005) meegedeeld dat het lopende contract met de busmaatschappij per 31 december 2005 zou eindigen en dat een werkgroep is ingesteld die de gevolgen van het aflopen van het contract zal onderzoeken. De centrale ondernemingsraad (COR) van Philips heeft niet met het besluit ingestemd.

Vijf werknemers starten een procedure. FNV Bondgenoten procedeert met de vijf werknemers mee. Zij stellen zich op het standpunt dat de omstandigheid dat geen sprake is van een eenzijdige wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst ertoe leidt dat de collectief-vervoersregeling automatisch onderdeel is gaan uitmaken van de arbeidsvoorwaarden en dat daarom getoetst moet worden aan het criterium van art. 6:248 lid 2 BW. De geboden financiële compensatie weegt niet op tegen de consequenties van het afschaffen van de regeling. Bovendien geldt voor sommige gebruikers van de regeling dat zij niet over een rijbewijs en/of een geschikt vervoermiddel beschikken, zodat zij zijn aangewezen op openbaar vervoer. Dit biedt in een aantal gevallen (met name voor de uit België komende werknemers) geen soelaas omdat er ofwel geen openbaar vervoer rijdt of de met openbaar vervoer gemoeide tijd onaanvaardbaar lang is. Een van de eisers, die nu ongeveer anderhalf uur per dag onderweg is, zou vier uur per dag onderweg zijn.

242 Ktr. Eindhoven, 20 december 2005, JAR 2006/38.

Philips voert aan dat het groepsvervoer geen arbeidsvoorwaarde is, maar een faciliteit is, waarvan alle werknemers duidelijk was (en is) dat deze slechts tot nader order zou gelden. Omdat geen sprake is van arbeidsvoorwaarden maar van een faciliteit, heeft Philips ten aanzien van de beëindiging ervan in beginsel beoordelingsvrijheid. Aan de eisen van goed werkgeverschap is voldaan, doordat sprake is geweest van tijdige aankondiging van de maatregel en doordat een alleszins redelijke financiële compensatieregeling is getroffen.

De kantonrechter stelt vast dat er sprake is van een arbeidsvoorwaarde en niet van een faciliteit, waarbij hij onder andere erop wijst dat Philips de regeling heeft neergelegd in een Richtlijn arbeidsvoorwaarden, waarbij de kantonrechter het woordje *arbeidsvoorwaarden* cursiveert.

Verder oordeelt de kantonrechter dat Philips zich niet kan beroepen op de wijzigingsmogelijkheid van de 'Richtlijnen arbeidsvoorwaarden', omdat die bepaling eenzijdig door Philips is vastgesteld en niet in schriftelijke arbeidsovereenkomsten van vijf werknemers is opgenomen en evenmin de grondslag vindt in een Philips-CAO en ook niet in overleg met de vakorganisaties tot stand is gekomen. De bepaling is derhalve niet in de arbeidsovereenkomsten geïncorporeerd en kan dus ook niet als basis voor de toepassing van het bepaalde in art. 7:613 BW gelden. Daarvoor is vereist dat duidelijk kenbaar is dat de werknemers schriftelijk akkoord gegaan zijn met de opname van een eenzijdige-wijzigingsbeding in hun arbeidscontract. Die situatie is hier niet aan de orde.

De kantonrechter overweegt dat onvoldoende is gebleken van zodanig zwaarwegende omstandigheden aan de zijde van Philips dat handhaving van de groepsvervoersregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Hij passeert de vier argumenten van Philips, te weten dat de kosten te hoog zijn, de regeling organisatorisch onbeheersbaar wordt, de regeling belemmerend werkt ten aanzien van flexibiliteit en de regeling in de weg staat aan het eigen verantwoordelijkheidsgevoel van de werknemers.

2.5.7 *Lease-auto (II)*

Verkapt loon kan ook een rol spelen bij het aanbod van een werkgever van een lease-auto. Dan wordt eerder aangenomen dat sprake is van een arbeidsvoorwaarde. In het onderstaande geval oordeelde het

gerechtshof Amsterdam²⁴³ dat bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding ‘ten minste’ de toets van art. 7:613 BW moet worden aangehouden. Het hof mag duidelijker zijn en reppen van de toepassing van de zware norm van art. 6:248 lid 2 BW.

De werknemer is op 1 juni 2000 in dienst getreden van de werkgever in de functie van quality manager level 2. Bij zijn indiensttreding is de werknemer een lease-auto (Volkswagen Passat) toegekend. De werknemer voldeed op dat moment en ook daarna niet aan de criteria van de toenmalige lease-autoregeling. In 2003 is het concern, waartoe de werkgever behoort, wereldwijd per vestiging nagegaan of haar werknemers met een lease-auto onder de criteria van de lease-autoregeling vielen. In Nederland waren 35 medewerkers, onder wie de werknemer, die volgens de geldende criteria geen recht (meer) hadden op een lease-auto.

Het gerechtshof is met de kantonrechter voorshands van oordeel dat de werknemer bij indiensttreding de lease-auto individueel heeft bedongen als onderdeel van zijn beloning (verkapt loon) en dat sprake is van een primaire arbeidsvoorwaarde. De werkgever heeft nog aangevoerd dat diegenen die de auto aan de werknemer hebben toegekend niet de bevoegdheid hadden om over de toekenning te beslissen. Dit verweer wordt verworpen. Partijen hebben gedebatteerd over de vraag of de arbeidsovereenkomst al dan niet een eenzijdige-wijzigingsbeding kent. Echter, zo overweegt het hof, ook als zodanig beding niet in de arbeidsovereenkomst zou zijn opgenomen, ligt het in de rede dat de door de werkgever voorgestane wijziging ten minste de toets van art. 7:613 BW moet kunnen doorstaan. Dit houdt in dat de werkgever een zwaarwichtig belang moet hebben bij de wijziging van de onderhavige voorwaarde. Naar het oordeel van het hof is in dit geval onvoldoende dat de werkgever uniformiteit en transparantie binnen de organisatie wil bewerkstelligen en daarom een strikter leasebeleid wil voeren. Het verweer van de werkgever dat zij vanwege verslechtering van het bedrijfseconomisch klimaat genoodzaakt is op haar kosten te besparen wordt verworpen, omdat zij hier geen enkel (cijfermatig) inzicht in heeft gegeven.

243 Gerechtshof Amsterdam, 27 juli 2006, RAR 2007, 4.

2.5.8 *Bedrijfsauto (II)*

Een vervoersregeling wordt, hoewel zij niet in de catalogus van art. 27 WOR voorkomt, toch vaak (zoniet vrijwel altijd) aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde. Toch wordt dan niet altijd de logische stap genomen art. 7:613 BW toe te passen. Soms wordt ook de norm van het goed-werknemerschap toegepast. In het onderstaande geval²⁴⁴ gebeurt dat ook, maar is de uitkomst verrassenderwijs dicht gelegen bij wat het oordeel zou hebben kunnen zijn, indien de maatstaf van het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW zou zijn toegepast. Dat komt wellicht mede doordat de kantonrechter oordeelt dat hij bij de invulling van goed-werknemerschap en redelijkheid en billijkheid een zekere terughoudendheid in acht dient te nemen, die op haar beurt lijkt te stroken met een invulling van de zwaarwichtigheid van art. 7:613 BW.

Op de arbeidsovereenkomst is geen CAO van toepassing. Wel geldt sinds 1 juli 2006 een zogenoemd ondernemingsreglement van Paperclip International BV, Paperclip International Finance BV en Paperclip International Publishing BV. De werknemer heeft voor ontvangst van het reglement getekend. Begin 2004 is aan de werknemer meegedeeld dat haar niet langer een bedrijfsauto, die zij al had vanaf 1992 (eerst een Citroën AX, later een Audi A3), ter beschikking zou worden gesteld. De werkgever heeft, vanwege haar problematische financiële positie, aan de werknemer het voorstel gedaan dat zij voorlopig in de auto zou mogen blijven rijden en dat zij geen brandstofvergoeding voor de auto meer hoefde te betalen, terwijl daarnaast haar salaris verhoogd is. Bij de APK-keuring op 13 februari 2006 is geconstateerd dat de Audi diverse reparaties moest ondergaan en vanwege het ontbreken van geldige APK-keuring heeft Paperclip op 13 april 2006 de verzekering beëindigd en de bij de auto behorende tankpas geblokkeerd. Op 18 augustus 2006 is de auto door een garagebedrijf weggesleept.

De werkneemster vordert de afgifte van een bedrijfsauto (Audi A3), dan wel een vergelijkbare bedrijfsauto, op straffe van een dwangsom, alsmede betaling van een bedrag ter zake van gemaakte kosten voor vervangend vervoer en het mislopen van het privé gebruik van de auto. De werknemer voert ter toelichting op haar

244 Ktr. Amersfoort, 4 september 2006, JAR 2006/246.

vordering aan dat de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden geen rechtsgeldige reden kent. Er is geen relevant belang op grond waarvan Paperclip gerechtigd is haar arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen.

De werkgever voert het verweer dat ze de laatste jaren flink gegroeid is en er belang bij heeft dat de geldende arbeidsvoorwaarden worden geharmoniseerd. Een van deze wijzigingen is erin gelegen dat besloten is uitsluitend aan medewerkers die de auto ook daadwerkelijk voor een functie nodig hebben nog een bedrijfsauto ter beschikking stellen. Aan de overige werknemers die op dat moment een bedrijfsauto hadden (onder wie de procederende werknemer) is een voorstel gedaan om de auto in te leveren, waarbij ze werden gecompenseerd in hun brutosalaris en de mogelijkheid kregen om de beschikbaar gestelde auto tegen boekwaarde op dat moment over te nemen.

De kantonrechter overweegt dat niet in geschil is dat het niet langer ter beschikking stellen van een bedrijfsauto een wijziging van de arbeidsvoorwaarden inhoudt. Nu geen sprake is van een eenzijdige-wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst, maar van een individuele wijziging in de arbeidsvoorwaarden van een werknemer, dient de onderhavige wijziging naar het oordeel van de kantonrechter getoetst te worden aan het bepaalde in art. 7:611 BW. Volgens dit artikel dienen werkgever en werknemer zich over en weer als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Beoordeeld moet derhalve worden of Paperclip in redelijkheid heeft kunnen komen tot de onderhavige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer en of de werknemer de door de werkgever in verband met deze wijziging gedane voorstellen heeft mogen afwijzen, daartoe stellend dat aanvaarding van dat voorstel redelijkerwijs niet van haar gevergd kan worden.

De kantonrechter is per saldo van oordeel dat de werkgever in redelijkheid heeft kunnen komen tot het voorstel met betrekking tot de bedrijfsauto's. De kantonrechter wijst op de scheefgroei in de arbeidsvoorwaarden, en overweegt dat hij zich terughoudend moet opstellen bij het aannemen van de redelijkheid van voorstellen van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te wijzigen als gevolg van veranderde omstandigheden. Het nieuwe beleid ten aanzien van de terbeschikkingstelling van een bedrijfsauto is al in het begin van 2004 aangekondigd. De werknemer heeft tot begin 2006 gebruik mogen maken van de auto. Een ruime overgangstermijn is al geboden, terwijl de werkgever bovendien heeft getracht te komen tot een redelijk voorstel ter compensatie van het gemis

van de bedrijfsauto. De kantonrechter uit wel twijfels ten aanzien van de hoogte van aangeboden compensatie (€ 200,- bruto per maand), maar stelt vast dat voorstellen omtrent de financiële compensatie bespreekbaar waren. Onvoldoende is voorshands komen vast te staan dat geen sprake is van een redelijk voorstel. Derhalve is niet aannemelijk dat de bodemrechter met een hoge mate van waarschijnlijkheid tot het oordeel zal komen dat van de werknemer aanvaarding redelijkerwijs niet gevergd kan worden.

2.5.9 *Lease-auto (III)*

Is art. 7:613 BW van toepassing, dan kan bij de weging van de zwaarwichtige belangen een nauwkeurige analyse volgen van de door de werkgever opgevoerde cijfers, alsmede een afweging van het belang van de werknemer. Persoonlijke belangen van de werknemer kunnen minder belangrijk zijn dan zakelijke belangen, zoals blijkt uit de volgende casus.²⁴⁵

De werknemer is op 1 januari 1996 in dienst getreden van de werkgever, in de functie van tekenaar. Bij de indienstreding heeft de werkgever aan de werknemer een bedrijfsauto ter beschikking gesteld, onder voorwaarden zoals vermeld in het bedrijfsautoreglement, vervangen door de lease-autoregeling geel kenteken. In art. 4 van deze 'lease-autoregeling geel kenteken' staat vermeld dat de directie zich het recht voorbehoudt de lease-autoregeling eenzijdig te wijzigen. De werknemer heeft een medische beperking, waardoor hij niet langdurig kan lopen en staan. Indien hij zal worden belast met reizen met het openbaar vervoer, wordt een toename van de gezondheidsklachten van de werknemer reëel geacht. De werknemer beroept zich er allereerst op dat het wijzigingsbeding in de lease-autoregeling niet tegenover hem kan worden ingeroepen, omdat hij onder dwang met de berijdersovereenkomst zou hebben ingestemd. De kantonrechter overweegt dat het feit dat de werkgever volgens de werknemer tot de terbeschikkingstelling van de auto (Citroën Xsara) alleen bereid was indien door de werknemer berijdersovereenkomsten worden getekend, niet zonder meer als onredelijk is te beschouwen, laat staan dat sprake is van dwang. Daar komt bij dat is gesteld noch gebleken dat de werknemer tegen de hem voorgelegde overeenkomst(en) enig

245 Ktr. Gouda, 28 september 2006, RAR 2007, 8.

bezwaar heeft gemaakt en evenmin dat hij later op de vernietigbaarheid van de bedoelde overeenkomsten een beroep heeft gedaan.

Ter beoordeling van de door de werkgever verlangde eenzijdige wijziging dient getoetst te worden of de werkgever daarbij een zodanig zwaarwichtig belang heeft, dat het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft de werkgever voldoende aannemelijk kunnen maken dat zij financieel gezien in zwaar weer verkeert, waardoor kostenbesparende maatregelen noodzakelijk zijn. De kantonrechter analyseert de bedrijfsresultaten nauwkeurig. Tegenover het door de kantonrechter erkende zwaarwichtig belang van de werkgever staat het belang van de werknemer. Het belang is gelegen in de omstandigheid dat hij vanwege zijn fysieke gesteldheid niet in staat is om met het openbaar vervoer te reizen. De werkgever is hieraan, hangende de procedure, tegemoetgekomen doordat zij de werknemer een reeds bij de werkgever aanwezige poolauto heeft aangeboden voor het woonwerkverkeer, welke poolauto daarnaast aan de werknemer ook privé ter beschikking staan. Het belang van de werknemer dat hij met de poolauto niet zijn kinderen kan vervoeren omdat de poolauto een grijs kenteken heeft, is naar het oordeel van de kantonrechter van onvoldoende gewicht om de balans in het voordeel van de werknemer te doen doorslaan. De lease-auto is de werknemer primair ter beschikking gesteld ten behoeve van de uitoefening van zijn functie, waaronder begrepen het woon-werkverkeer. De omstandigheid dat hij de auto wel privé mocht gebruiken is slechts een bijkomend aspect. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient dit (ondergeschikte) belang aan de zijde van de werknemer daarom te wijken voor het belang van de werkgever.

Tegenover deze uitspraak van de kantonrechter Gouda staat het hierboven besproken vonnis van de kantonrechter Den Haag d.d. 27 juni 2005 (in 2.5.5.). Het verschil kan er niet in gelegen zijn dat het in deze laatste uitspraak ging om een al bij aanvang van de toepassing van de autoregeling gedane toezegging aan een moeilijk ter been zijnde werknemer, omdat ook de onderstaande casus handelt over een werknemer met een medische beperking. Het verschil is gelegen in het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke belangen bij de auto.

2.5.10 *Tussenconclusie vervoersregelingen*

Hoewel de vervoersregeling niet als instemmingsrechtelijk onderwerp voorkomt in art. 27 van de WOR, wordt in de bovengenoemde zaken niet gearzeld over het karakter (van arbeidsvoorwaarde) van vervoersregelingen. Dat zou erop kunnen duiden dat zich naast primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden toch ook tertiaire arbeidsvoorwaarden voordoen, waarin vakbonden noch OR een rol spelen. De ondernemingsraad speelt in de hierboven besproken casus nauwelijks een rol.

Aan de toepassing van het criterium dat allereerst een eenzijdige wijzigingsbeding gesloten moet zijn, vooraleer de norm van het zwaargewicht belang aan de orde komt, wordt regelmatig de hand gehouden. En daar waar van de norm wordt afgewezen en het goed-werkgeverschap of goed-werknemerschap wordt toegepast, is de uitkomst alsof het zwaarwichtig belang is toegepast. De uitkomsten van de weging van belangen zijn wisselend in de zin dat, met toepassing van het zwaarwichtig belang, meestal de door de werkgever voorgenomen wijziging wordt afgekeurd, maar soms de wijziging ook wordt goedgekeurd.

De worsteling met de art. 7:611, 7:613 en 6:248 BW doet zich juist bij de vervoersregelingen in alle hevigheid voor. Werd bij de casus van de bedrijfsbus (2.5.1) en de bedrijfsauto II (2.5.8.) de norm van goed-werknemerschap toegepast, bij de auto voor woon-werkverkeer (2.5.3.) werd een mix van het bepaalde in art. 7:611 en 6:248 lid 2 BW gebruikt. Dat laatste gebeurde ook bij de beoordeling van de eenzijdige wijziging van de groepsvervoersregeling (2.5.6). Ten slotte werd bij vier beoordeelde gevallen (2.5.4, 2.5.5, 2.5.7 en 2.5.9) de norm van het zwaarwichtig belang ingevolge art. 7:613 benut.

Worden al deze acht casus bekeken in de tijd, dan valt op dat zeven ervan tussen 2004 en 2006 zijn beoordeeld en één slechts daarvoor (1999). De twee oudste (uit 1999 en 2004) zijn nog beoordeeld op grond van goed-werknemerschap en een mix van goed-werknemerschap en onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (resp. art. 7:611 BW en art. 6:248 lid 2 BW). Vanaf 2004 worden de uitspraken consistent, in die zin dat steeds vaker het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW wordt toegepast, maar een vreemde eend in de bijt blijft de uitspraak onder 2.5.8 die als enige nog met toepassing van het bepaalde in art. 7:611 BW over goed-werknemerschap tot stand is gekomen. Bij een eenzijdige wijziging van de lease-auto wordt telkens (2.5.5, 2.5.7 en 2.5.9) de norm van het zwaarwichtig belang toegepast.

2.6 Ticketregeling

Een ticketregeling is een onkostenregeling. De toepassing door de werkgever in de onderhavige zaak lijkt op het betalen van een ticket als verkapt loon (maar lijkt het dat toch niet helemaal). De rechtbank²⁴⁶ past de maatstaf van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid toe en overweegt dat onaanvaardbaar is dat de regeling wordt gewijzigd in de periode van uitzending, waarin de werknemer ervan heeft gebruikgemaakt.

De werknemer is servicemonteur. Het bedrijf kent als onderdeel van de arbeidsovereenkomst algemene voorwaarden en regelingen voor uitzending naar het buitenland. Art. 3. 12 van deze algemene voorwaarden luidt dat, ingeval van ononderbroken uitzending gedurende meer dan drie maanden, de werknemer recht heeft op familiebezoek. Dit kan plaatsvinden door naar Nederland terug te gaan of een familielid te laten overkomen. Indien men een familielid laat overkomen, worden reiskosten door de werkgever betaald en dient men de extra hotelkosten voor eigen rekening te nemen. Voor de werknemer geldt dat hij dan de opgebouwde detacheringsovereenkomsten kan opnemen met betaling van het normale periodesalaris.

Van aanvang af werd dit artikel in de praktijk zo toegepast dat de werknemer die langer dan drie maanden werd uitgezonden, voor iedere periode van zes weken waarin de uitzending voortduurde, de kosten kon declareren (en netto uitbetaald krijgen) van een retour vliegticket naar Nederland, ongeacht of deze kosten daadwerkelijk waren gemaakt. Deze toepassing in de praktijk wordt door de rechtbank aangeduid als de ticketregeling. De werkgever wijzigde deze regeling eenzijdig.

De rechtbank overweegt dat, daargelaten de vraag of de werkgever in beginsel bevoegd was de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen in die zin dat de ticketregeling daarvan geen onderdeel meer zou uitmaken, zij dat in ieder geval niet gedurende de uitzending mocht doen. De werknemer nam zijn gezin onder ander mee tijdens uitzending vanwege de bestaande ticketregeling. Onder deze omstandigheden zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien de werkgever gedurende de

246 Rb. Utrecht, 7 juni 2000, JAR 2000/221.

uitzending eenzijdig de ticketregeling buiten toepassing zou kunnen verklaren.

2.7 Zorgverzekeringswet

2.7.1 *Rechtspraak en Zorgverzekeringswet*

In de Zorgverzekeringswet²⁴⁷ is sprake van een (gesanctioneerde) plicht om zich te verzekeren door afsluiting van verzekeringsovereenkomst met een (private) zorgverzekeraar. Ging het voorheen om een publiekrechtelijke verzekering waarbij degenen die behoorden tot de kring van verzekerden van rechtswege verzekerd waren (Ziekenfondswet, AWBZ), thans is sprake van een privaatrechtelijk systeem, dat behalve feitelijke gevolgen ook verschillende juridische consequenties heeft. De feitelijke gevolgen zijn dat men kan besluiten zich niet te verzekeren en de vrees dat velen zich ook niet zullen verzekeren is reëel gebleken. Een juridische consequentie is dat de rechtsbescherming in de verhouding met de verzekeraar voortaan bij de civiele rechter gezocht moeten worden. Het nieuwe regime verschilt ook anderszins van de sociale verzekering, bijvoorbeeld omdat de premie voor een substantieel deel nominaal is en per verzekeraar voor alle verzekerden gelijk, ongeacht hun inkomenssituatie. Er is niet alleen sprake van een verzekeringsplicht van de zijde van de burger, maar ook van een acceptatieplicht van de verzekeraar voor het basispakket, waarbij geen sprake mag zijn van risicoselectie of bezwarende extra voorwaarden. In de Zorgverzekeringswet is risicosolidariteit een van de uitgangspunten van het nieuwe stelsel. Aanvullend is sprake van een zekere inkomenssolidariteit via inkomensafhankelijke bijdragen en zorgtoeslagen (Wet op de zorgtoeslag). De wet kent de mogelijkheid van een omvangrijke no-claim korting, die in feite een verplicht voorgefinancierd eigen risico is van oorspronkelijk € 255,-. Daarnaast is sprake van een vrijwillig eigen risico, dat tot het substantiële bedrag van € 500,- kan oplopen. Verder is er ruimte voor collectieve contracten met premiekortingen die niet verder mogen gaan dan 10% van de premiegrondslag.²⁴⁸

247 Wet van 16 juni 2005, Stb 2005, 358 die met ingang van 1 januari 2006 in werking is getreden

248 J.K.M. Gevers, De nieuwe zorgverzekering in sociaalrechtelijk perspectief, in: Had Geers het geweten!, Arbeid en gezondheid, schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming, Kluwer, Deventer, 2006, p. 199-207.

In de twee hieronderstaande uitspraken van respectievelijk de kantonrechter in Delft en in Leiden komt de problematiek van de wijziging van de bijdragen van de werkgever aan de werknemer aan de orde.

2.7.1.1 *Toetssteen: onaanvaardbare wijziging?*

De kantonrechter te Delft kreeg de vraag voorgelegd²⁴⁹ of een wijziging van de arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de Zorgverzekeringswet door de beugel kon.

In de individuele arbeidsovereenkomst was overeengekomen dat de werkgever 75% van de premie van de polis ziektekostenverzekering van de werknemer zal vergoeden. De arbeidsovereenkomst vermeldde voorts dat deze verplichting op sommige delen wordt uitgewerkt en aangevuld door de CAO voor het Verzekeringsbedrijf en door de in de personeelsgids opgenomen regeling. De CAO bepaalde dat de werkgever en werknemer die niet verzekerd is ingevolge de Ziekenfondswet een bijdrage zal verstrekken in de door de werknemer te betalen premie voor de ziektekostenverzekering voor zichzelf en de te zijnen lasten komende partner en kinderen, voor zover die op de polis van de werknemers ermee verzekerd. De werkgever betaalde de volledige premie rechtstreeks aan de verzekeraar en hield vervolgens in maandelijkse termijnen de eigen bijdrage van 25% in op het nettosalaris van de medewerker. Het stond de werkgever vrij deze bijdragen uitsluitend te verbinden aan een door de onderneming te hanteren collectieve verzekering. De bijdrage bedroeg 60% van de door de werknemer te betalen premie.

Vanaf 1 januari 2006 is, zo regelt de CAO, de verplichting vervallen om een bijdrage te verstrekken in de hoogte van de bijdrage ad 60% en wordt de Zorgverzekeringswet van kracht. De werkgever betaalt vanaf die datum het wettelijk vastgestelde inkomensafhankelijke deel van de werknemersbijdrage. Uitgangspunt is dat invoering van de nieuwe Zorgverzekeringswet per werkgever kostenneutraal zal plaatsvinden.

De werkgever heeft de werknemer een gewenningsbijdrage uitgekeerd van € 170,- bruto, die wordt betaald in zeventien maande-

249 Ktr. Delft, 30 november 2006, JAR 2007/6.

lijkse termijnen van € 10,-. Onverplicht om instemming gevraagd heeft de ondernemingsraad instemming gegeven.

De werknemer vindt de nieuwe regeling onredelijk omdat hij per saldo nog maar € 172,58 krijgt in plaats van voorheen € 423,73 per maand.

De werkgever beroept zich op het Taxi Hofman-criterium.

De kantonrechter acht voor de beoordeling van een wijziging van de arbeidsvoorwaarden allereerst van belang dat de maatstaf die hij dient aan te leggen, de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is. Nu geen eenzijdige wijzigingsbeding is gemaakt, dient art. 6:248 lid 2 BW van toepassing zijn. Toepassing van de maatstaf van goed werknemerschap ingevolge het Taxi Hofman-arrest dient achterwege te blijven. De toepassing van maatstaf van de onaanvaardbaarheid betekent dat de kantonrechter de nodige terughoudendheid zal moeten betrachten.

De kantonrechter vindt verder, voor het antwoord op de vraag of zich onaanvaardbaarheid voordeed ter zake van een wijziging van de bijdrage door de werkgever in de premie voor de zorgverzekeringswet door de werkgever, de volgende factoren van belang:

1. De wijziging in de arbeidsvoorwaarden vloeit voort uit een wetswijziging te weten de invoering van de Zorgverzekeringswet met ingang van 1 januari 2006;
2. Voorkomen moet worden dat de werkgever te maken krijgt met dubbele lasten doordat zij naast de wettelijke werkgeversbijdragen ook nog, in het kader van de arbeidsovereenkomst met de werknemers, verplichtingen heeft op het vlak van bijdragen de ziektekostenverzekering van de werknemers. De kantonrechter neemt dit standpunt over uit de Tweede Kamerstukken, Bijlage Handelingen TK 2003-2004, 29763, nr. 3, p. 48 en ook Bijlagen Handelingen EK (Eerste Kamer) 2004-2005, 30 124, p. 53;
3. Als uitgangspunt in de CAO geldt dat invoering van de Zorgverzekeringswet voor de werkgever kostenneutraal dient te zijn;
4. De ondernemingsraad heeft ingestemd met de voorgestelde eenzijdige wijziging;
5. Het betreft een wijziging van de secundaire arbeidsvoorwaarden die gelden voor groep werknemers en die vastgelegd zijn in de individuele arbeidsovereenkomst;
6. Er is geen overleg gevoerd met de betrokken werknemer;
7. Er is een beperkte overgangs-/ afbouwregeling;

8. De werkgever heeft de voorgenomen wijziging zeer laat aangekondigd.

De werkgever zou totaal extra lasten te dragen krijgen van bijna € 57.000,- op een totale-kostenplaatje van ruim € 800.000,-. Er is sprake van een stijging van de kosten met iets meer dan 7% ten opzichte van 2005. De werknemer zal er per maand € 261,23 op achteruitgaan, waarbij wel in aanmerking wordt genomen dat die premie betrekking heeft op vier gezinsleden van de werknemer en dat zijn twee dochters mogelijk recht kunnen gelden op toekenning van zorgtoeslag. Krijgen de kinderen de maximale zorgtoeslag te weten € 34,- per kind per maand, dan wordt het bedrag van € 261,- verlaagd met € 68,- zodat de achteruitgang van € 193,- per maand bedraagt.

De kantonrechter geeft nog geen eindoordeel, maar vraagt nadere inlichtingen.

2.7.1.2 *Toetssteen: goed-werknemerschap?*

In de uitspraak van de kantonrechter Leiden²⁵⁰ speelt de regeling die nog betrekking had op de oude Ziekenfondswet een rol.

De arbeidsovereenkomst bepaalt dat de CAO Metaalnijverheid van toepassing is en kent voorts in art. 10 de bepaling dat de werkgever op het tijdstip dat voor een werknemer de deelneming aan de verplichte ziekenfondsverzekering eindigt, aan hem een bijslag verstrekt wordt op het salaris als tegemoetkoming in de kosten voor een ziektekostenverzekering. De bijslag bedraagt de helft van de kosten van deze verzekering. In deze individuele arbeidsovereenkomst staat dus geen maximum. Dat is evenwel anders in de eveneens toepasselijke CAO. Art. 40 van de CAO bepaalt namelijk dat de werkgever, vanaf het tijdstip dat voor een werknemer de deelneming aan de verplichte ziekenfondsverzekering eindigt, aan hem een bijslag op het salaris verstrekt als tegemoetkoming in de kosten voor een ziektekostenverzekering, indien en voor zover hem niet een zodanige toeslag eerder was verstrekt. 'De bijslag als bedoeld bedraagt de helft van de kosten van de door de werknemer gesloten verzekering, zulks tot ten hoogste een bedrag overeenkomend met het werkgeversdeel in de voor dat jaar geldende maximale ziekenfondspremie.' Bij brief van 4 april 2003 heeft de

250 Ktr. Leiden, 9 augustus 2006, JAR 2006/219.

werkgever met een beroep op het maximum als bedoeld in art. 40 lid 2 CAO en met een beroep op de wenselijkheid van uniforme arbeidsvoorwaarden voor haar personeel gesteld dat de werknemer teveel had ontvangen. De werkgever heeft het haars inziens te veel betaalde (€ 2.772,-) met het salaris verrekend.

De werknemer vordert, zoals de kantonrechter schrijft, in deze, 'al in juni 2005 aanhangig gemaakte en door onderhandelingen tussen partijen veelvuldig aangehouden procedure' een verklaring voor recht dat art. 10 van de arbeidsovereenkomst door de werkgever volledig moet worden nageleefd en dat de werkgever jegens de werknemer gehouden is, nu en in de toekomst, telkens de helft van de door de werknemer betaalde premie voor zijn ziektekostenverzekering te vergoeden.

De werkgever is alsnog bereid de overeengekomen werkgeversbijdragen van 50% procent van de premie van 1 januari 2002 tot met 31 december 2005 te betalen en voert ook aan dat vanaf 1 januari 2006 een geheel nieuwe situatie is ontstaan met de invoering van de nieuwe Zorgverzekeringswet. Hierdoor kan de in 1999 overeengekomen werkgeversbijdrage niet meer onverkort worden toegepast.

In reconventie vordert de werkgever een verklaring voor recht dat zij vanaf 1 januari 2006 nog slechts gehouden is bij te dragen in de ziektekosten van de werknemer tot een hoogte van 6,5 % van zijn inkomen met een maximum van € 1.950,- bruto per jaar.

De kantonrechter geeft de werknemer gelijk voor wat betreft de verplichting van de werkgever om 50% van de premie te betalen tot 1 januari 2006. De kantonrechter vindt dat de harmonisatie van arbeidsvoorwaarden van het gehele personeel wel een goede grond kan zijn voor het doen van een redelijk voorstel tot geleidelijke aanpassing, met een ruime overgangsregeling, maar een voorstel dat aan die eisen beantwoordt is door de werkgever in elk geval nooit gedaan.

Met betrekking tot de veranderingen ten gevolge van de Zorgverzekeringswet ontvalt de ratio aan de regeling van art. 40 CAO en van het onmiskenbaar daarop geïnspireerde art. 10 van de arbeidsovereenkomst. De werknemer had het voorstel van de werkgever om de bestaande overeengekomen regeling te vervangen door de nieuwe wettelijke regeling redelijkerwijze niet mogen afwijzen. Het voorstel van de werkgever is gelet op de voor de werknemer geringe inkomsteneffecten van de Zorgverzekeringswet, die bovendien niet geheel los gezien kunnen worden van effecten van andere met die invoering samenhangende overheids-

maatregelen, redelijk. De omstandigheid dat de nieuwe regeling in de toekomst mogelijk nadeliger uitpakt door premiestijging is een gevolg van overheidsbeleid en van ontwikkelingen in de gezondheidszorg waarop partijen geen invloed hebben is en is daarom geen reden om de achterhaalde overeengekomen regeling toch van toepassing te laten blijven. Tot die onvoorspelbare toekomstige ontwikkelingen behoren evenzeer toekomstige loon- en CAO-onderhandelingen die daarop inspelen.

Bij de in reconventie ingestelde vordering heeft de werkgever geen belang.

De kantonrechter past het Taxi-Hofman-criterium van het goed-werknemerschap toe. De overheersende norm daarin is de redelijkheid. Niet wordt uitgelegd waarom deze toets van toepassing is in een geval waarin niet geringe geldelijke belangen van de werknemer door wetgeving worden beïnvloed. Systematisch wenselijker zou het zijn geweest te oordelen of er sprake is van een arbeidsvoorwaarde en zo ja²⁵¹ voorts dan art. 7:613 BW toe te passen. In de zwaarwichtige reden zit een fraaiere mogelijkheid om de invloed van CAO-onderhandelen op de effecten van wetgeving mee te wegen. Past men daarentegen goed-werknemerschap toe, dan moet de invloed van afspraken met de vakbonden of de ondernemingsraad via het brede begrip redelijkheid gewogen worden, wat de duidelijkheid (en het verschil tussen de drie diverse mogelijkheden, te weten CAO-afspraken of afspraken met de OR of geen van beide) niet ten goede komt.

2.8 Wetgeving en arbeidsvoorwaarden

Zoals in het hierboven genoemde geval (par. 2.1.13) van de Wet op het Ambulancevervoer al bleek, kan wetgeving invloed hebben op de tussen werkgever en werknemer bestaande arbeidsvoorwaarden en kan de werkgever gedwongen worden om door wetgeving de arbeidsvoorwaarden aan te passen. Zo vormt ook de op 1 januari 2006 ingevoerde Zorgverzekeringswet in sommige opzichten een tamelijk dwingende regelgeving. De vraag is of de mate van dwang in de nieuwe wetgeving de werkgever kan dwingen een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden door te voeren. Kan dat ook zonder eenzijdige-wijzigingsbeding?

251 Zo neen, dan wordt het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW actief.

De stelling zou kunnen worden betrokken dat een eenzijdige-wijzigingsbeding niet nodig is, indien de wetgever dwingend aan partijen oplegt dat tot een bepaalde wetstoepassing wordt overgegaan, zonder dat partijen daar invloed op hebben. Indien er daadwerkelijk geen bewegingsruimte voor werkgever en werknemer is, zal wetgeving ook zonder eenzijdige-wijzigingsbeding moeten worden uitgevoerd. Maar indien er (enige) bewegingsruimte is en manoeuvreermogelijkheden benut kunnen worden en (mede daardoor) alternatieven kunnen worden ontplooid, zal de werkgever van het eenzijdige-wijzigingsbeding gebruik moeten maken, wil hij niet alleen met wijzigingsvoorstellen komen maar deze ook doorvoeren.

Bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding dient de werkgever dan aannemelijk te maken of aan te tonen dat een gedwongen (blijvende) nakoming en uitvoering van de bestaande arbeidsvoorwaardenregeling in de(ze) gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De invulling van die zware toets kan noodzaken dat de werkgever (extra) kosten moet maken. Of de werknemer, ook in het kader van de onaanvaardbaarheidstoets, dient mee te bewegen, is onder andere afhankelijk van de ratio van de wetgeving. In het hierboven genoemde geval van de invoering van de Wet Terugdringing Ziekteverzuim (par. 1.11) die geleid heeft tot de zogenoemde Frans Maas-saga²⁵², heeft een rol gespeeld dat de wetgever, tegelijkertijd met de invoering van een langere loondoorbetalingsverplichting, ook het ziekteverzuim wilde terugdringen en daar ook werknemers op aansprak. Werknemers dienden te worden gestimuleerd minder arbeidsongeschikt te zijn. Daartoe werd in de wet onder andere bepaald dat de werkgever de mogelijkheid kreeg het bovenwettelijk aantal vakantiedagen (boven de, twintig (20), wettelijk verplichte vakantiedagen) te benutten voor het beleid tot terugdringing van ziekteverzuim. Bij de Zorgverzekeringswet is dit mijns inziens minder het geval, omdat de wetgever de werkgever en werknemer niet direct heeft willen beïnvloeden, maar een ander zorgverzekeringsstelsel ingang heeft willen doen vinden.

Een interessant verschijnsel bij de Zorgverzekeringswet is dat de werknemer er financieel op achteruit kan gaan²⁵³. Op het loon van de werknemer dient 6,5% inhouding plaats te vinden (art. 41 Zorgverzekeringswet), terwijl de werkgever niet in alle gevallen het oude loon

252 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 11 (1.11).

253 G.C. Boot, Nieuwe Zorgverzekeringswet: de bijdrage door de werkgever, Arbeidsrecht 2005/12, p. 23.

met 6,5% behoeft te verhogen, omdat die verhoging mag worden gesaldeerd met het bedrag dat op grond van oude bestaande afspraken al moest worden vergoed. Boot wijst erop dat in de memorie van toelichting door de regering is gesteld dat aan de nakoming van oude afspraken geen afbreuk wordt gedaan. Deze schijnbare tegenspraak leidt er volgens Boot (toch) toe dat de werknemer er per saldo op achteruit kan gaan. De vraag is of dat te repareren valt via art. 7:258 BW²⁵⁴. Ik denk van wel maar alleen onder zeer bijzondere omstandigheden. Te denken valt aan de situatie waarin de werknemer aantoonbaar dat hij met een minimum aan luxe (en dus echt vrij besteedbaar inkomen) de eindjes aan elkaar knoopt en dan rond € 50,- netto niet kan missen. Bedacht moet worden dat de *imprévision* de zogenoemd buitengrens van de aanvullende redelijkheid en billijkheid opzoekt, aan de hand van de norm dat ongewijzigde instandhouding van de maatregel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de werknemer kan worden verlangd (zie paragraaf 1.14).

Indien tussen werkgever en werknemer wel een eenzijdige-wijzigingsbeding is gesloten, zal de werkgever zwaarwichtige belangen aannemelijk moeten maken of aantonen, waartegenover het belang van de werknemer staat, dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken. Deze toets is lichter dan die van de onaanvaardbaarheid ex art. 6:248 lid 2 BW. Dit verschil zal met name tot uiting kunnen komen doordat bij de toets aan zwaarwichtig belang ook minder grote financiële gevolgen de doorslag kunnen geven.

De norm van het zwaarwichtig belang is lichter dan die van de *imprévision* ingevolge art. 7:258 BW, op welk leerstuk Vas Nunes²⁵⁵ al wijst in 1989, bijna 20 jaar geleden. Deze bespreekt de zogenoemde Oort-wetgeving en de gevolgen van deze fiscale regelgeving voor arbeidsovereenkomsten en arbeidsvoorwaarden. De kans is groot, schrijft Vas Nunes, dat het op 1 januari 1990 wijzigende fiscale regime betreffende onkostenvergoedingen zal leiden tot een groot aantal geschillen tussen werkgever en werknemer. De meest billijke oplossing lijkt hem om, op de voet van het toekomstige art. 6.5.3.11 NBW²⁵⁶, de arbeidsovereenkomst zodanig te wijzigen, dat het ge-

254 G.C. Boot, Nieuwe Zorgverzekeringswet: de bijdrage door de werkgever, *Arbeidsrecht* 2005/12, p. 24.

255 P.C. Vas Nunes, *Imprévision* in het arbeidsrecht, *NJB* 1989, afl. 35, p. 1265 e.v.

256 Het huidige art. 6:258 BW (*imprévision*).

deelte van de onkostenvergoeding dat na Oort niet meer onbelast kan worden uitgekeerd, wordt verlaagd tot het fiscaal maximaal aanvaardbare bedrag. Daarvoor in de plaats wordt een andere belaste vergoeding van gelijke waarde – bijvoorbeeld een (grotere) auto van de zaak – gesteld of het brutoloon wordt verhoogd. Het brutoloon moet in dat geval worden verhoogd met een gedeelte – ‘waarom niet de helft?’ vraagt Vas Nunes zich af – van het verschil tussen enerzijds het vervallen deel van de onkostenvergoeding en anderzijds het nadeel dat bruteren van dat bedrag voor de werkgever zou hebben.

2.9 De wijziging van niet één maar verscheidene arbeidsvoorwaarden

Vaak, zoniet meestal, wordt een enkele arbeidsvoorwaarde gewijzigd. Het komt ook voor dat verscheidene arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd. Gedacht kan met name worden aan de situatie dat een bedrijf er niet goed voorstaat en grondig ingrijpen noodzakelijk is. De werkgever zal in dat geval voorstellen meer dan één arbeidsvoorwaarde te wijzigen. De vraag luidt of de norm van het zwaarwichtig of zwaarwegend belang dan kritischer moet worden ingevuld, omdat evident is dat de belangen van de werknemer in zulke gevallen meer geschaad worden. De kantonrechter te Zwolle beoordeelde zo'n kwestie, met de volgende uitkomst.²⁵⁷

In deze zaak staat vast dat een wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW niet is gesloten tussen werkgever en werknemer. Bij Univé vindt al jarenlang (ook al voor de indiensttreding van de werknemer in 1994) met een commissie Personeel en Arbeidsvoorwaarden uit de Centrale Ondernemingsraad (verder COR) overleg plaats over arbeidsvoorwaarden. Het gesprek begint na de zomer en gaat over arbeidsvoorwaarden voor het daaropvolgende jaar. De werknemers worden door de COR via intern mailverkeer (Uninet gehehen) vooraf en achteraf geïnformeerd. De werknemers kunnen hun ideeën en bezwaren op uitnodiging of spontaan aan deze commissie Personeel en Arbeidsvoorwaarden van de COR melden.

Een werknemer kan ook op andere wijze zijn arbeidsvoorwaarden bespreken, te weten tijdens het zeswekelijks werkoverleg. De werknemer is aan de uitkomsten van het overleg met de COR

257 Ktr. Zwolle 13 juni 2006 JAR 2006/183.

gebonden, tenzij hij daartegen tijdig en adequaat heeft geprotesteerd. In het onderhavige geval heeft de betrokken werknemer ook daadwerkelijk geprotesteerd. De werknemer is overigens de enige werknemer die bezwaar heeft gemaakt tegen de gewijzigde arbeidsvoorwaarden.

De stelling wordt betrokken dat de werknemer stilzwijgend heeft ingestemd met de wijziging van de arbeidsvoorwaarden, nu hij slechts mondeling en niet schriftelijk bij ene heer K. heeft geprotesteerd (deze vatte, zo staat in het vonnis, het gemompel van de klagende werknemer overigens slechts als gemopper op). Verder wordt nog een andere standpunt ingenomen, te weten dat het Taxi Hofman-arrest meebrengt dat de werknemer zich als goed werknemer moet gedragen en in beginsel positief moeten reageren op redelijke voorstellen van Univé die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk. Een kostenreductie van € 40 miljoen moest worden gerealiseerd en een met de COR overeengekomen versoepeling van de arbeidsvoorwaarden, die overigens redelijk was en is, dient door de werknemer te worden aanvaard. Diens weigering de gewijzigde arbeidsvoorwaarden te aanvaarden is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

De kantonrechter oordeelt dat geen sprake is van een uitdrukkelijk of stilzwijgende instemming van de werknemer met de wijziging. Erkend is immers door Univé dat de werknemer bij zijn directe leidinggevende, de meer genoemde heer K., mondeling zijn bezwaren heeft geuit tegen de wijzigingen. Uit andere stukken blijkt dat het niet nodig was dat het protest per se in de vorm van schriftelijke bezwaren plaatsvond. Van de instemming van de werknemer met de wijzigingen in de secundaire arbeidsvoorwaarden is niet ondubbelzinnig uit verklaringen of gedragingen van de werknemer gebleken.

Verder oordeelt de kantonrechter dat het Taxi Hofman-arrest in deze zaak niet van toepassing is. De kantonrechter wijst op de norm van art. 7:613 BW te weten dat de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang moet hebben bij wijziging van arbeidsvoorwaarden dat het belang van de werknemer (dat door de wijziging wordt geschaad) daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal moeten wijken. De norm van het goed-werknemerschap is daartegenover duidelijk zwakker, te weten dat het om een redelijk voorstel moet gaan dat de werknemers slechts mag afwijzen als aanvaarding van het voorstel van hem redelijkerwijs niet

kan worden gevegd. De kantonrechter overweegt dat het uiteraard niet zo kan zijn dat een werkgever die een eenzijdige-wijzigingsbeding in het arbeidscontract heeft opgenomen aan een zwaardere eis moet voldoen dan een werkgever die dat niet heeft gedaan.

De kantonrechter wijst er verder op dat in dit geval geen sprake is van een wijziging die de omstandigheden op het werk, op de werkvloer, de arbeidsorganisatie betreft.

En tenslotte vindt de kantonrechter steun in het arrest van de Hoge Raad van 25 februari 2000, JAR 2005/85. In die uitspraak stelt de Hoge Raad de maatstaf van art. 6:248 lid 2 aan de orde. De kantonrechter overweegt dat de norm van 6:248 lid 2 BW 'meer aansluit op de norm van art. 7:613 BW'.

De doorgevoerde bezuinigingen waren nodig en redelijk volgens de rechter en het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de werknemer (met succes) aanspraak maakt op volledige nakoming van het met hem overeengekomen pakket secundaire arbeidsvoorwaarden. De kantonrechter wijst ter ondersteuning van dit oordeel ook nog op de institutionele theorie te weten dat een werknemer onderdeel uitmaakt van een organisatie die zich voortdurend moeten aanpassen aan maatschappelijke, economische en juridische ontwikkelingen.

Interessant is verder nog het oordeel over de door de werkgever ter beschikking gestelde mobiele telefoon. Werkgever Univé had het verweer gevoerd dat de ter beschikking gestelde mobiele telefoon geen arbeidsvoorwaarde betreft. De kantonrechter overweegt dat het gebruik van de mobiele telefoon geen beloningscomponent behelst, terwijl de werknemer heeft gezegd dat, als het aan hem ligt, hij het toestel direct kan inleveren. Daarom is volgens de kantonrechter geen sprake van een arbeidsvoorwaarde of een verworven recht of een aanspraak. Daarom staat het werkgever Univé niet vrij om de niet-zakelijke buitenlandse mobiele telefoonkosten bij de werknemer in rekening te brengen. En ook overweegt de kantonrechter nog met betrekking tot een door de kostenreductie bij Univé getroffen premiespaarregeling dat de wijziging van de fiscale wetgeving op dit punt rechtvaardigt dat de regeling afgeschaft is.

Twee opmerkingen bij dit oordeel.

De kantonrechter gebruikt een weer andere norm dan gebruikelijk. Hij past voor de beoordeling van de noodzaak van de aanpassing van de arbeidsvoorwaarden niet het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW toe en evenmin de norm van het goed-werknemerschap ingevol-

ge art. 7:611 BW, maar ook niet, bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding, de onaanvaardbaarheid van de aanpassing van de arbeidsvoorwaarden door de werkgever ingevolge het bepaalde in art. 6:248 BW. Nee, de kantonrechter past de norm van de onaanvaardbaarheid niet toe op de wens van de werkgever tot wijziging (zoals meestal gebeurt, omdat geredeneerd wordt vanuit de onaanvaardbaarheid van de – door de werkgever geïnitieerde – handeling van de wijziging), maar op de houding van de werknemer, door te oordelen dat het onaanvaardbaar is dat de werknemer gebruikmaakt van de voortzetting van de voorzieningen. Bedacht dient te worden dat in de bovenstaande kwestie bij Univé de werknemer een procedure tegen zijn werkgever begonnen is en dat de werkgever zich erop beroepen heeft dat het onaanvaardbaar is dat de tussen partijen overeengekomen arbeidsvoorwaarden toch nog verder moeten worden nagekomen. De stelplicht en de bewijslast ten aanzien van omstandigheden waardoor het onaanvaardbaar zou zijn dat de tegenpartij zich op voortzetting van de overeengekomen regel beroept, rust in het algemeen in beginsel op diegene die de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvoert.²⁵⁸ Dat is dus de werkgever. Het is daarom begrijpelijk dat de kantonrechter zich van de formulering heeft bediend dat het onaanvaardbaar is dat ‘de werknemer (met succes) aanspraak maakt op de volledige nakoming van het met hem overeengekomen pakket secundaire arbeidsvoorwaarden’. Ter zake de invulling van die onaanvaardbaarheid komt het wat licht voor dat de werknemer ‘de door hem binnen redelijke grenzen in acht te nemen solidariteit uit het oog heeft verloren’.

De tweede opmerking betreft de mobiele telefoon.

Van de secundaire arbeidsvoorwaarden lijkt de mobiele telefoon, ook wel bedrijfsmobieltje genoemd, (en de lap top) de minste van de secundaire arbeidsvoorwaarden. Dit kan schijn zijn. Met name indien de mobiele telefoon verkapt loon is, zoals het geval zal zijn met een mobieltje waarvan de kosten door de werkgever betaald worden zonder dat gelet wordt op de aard of hoeveelheid van het gebruik, kan de mobiele telefoon door de werknemer als een belangrijke arbeidsvoorwaarde worden ervaren.

Ook indien de mobiele telefoon geen verkapt loon is, kan het bedrijfsmobieltje een relatief belangrijke arbeidsvoorwaarde zijn. Dat is met name het geval indien de verstrekking van (een kosten-

258 HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553.

vergoeding voor) een mobiele telefoon (en een lap top) verband houden met de inrichting van de werkplek. Indien een mobiele werkplek (ofwel flexibele werkplek) door de werkgever wordt ingericht en de werknemer geen of een minder vast bureau heeft voor zijn werk, kan de mobiele telefoon en de laptop van groter gewicht worden.

2.10 De mix van arbeidsvoorwaarde(n) en omstandigheid

Onvermijdelijk is dat zich soms een mengeling voordoet van een individueel bepaalde functiewijziging en een wijziging van de individuele arbeidsvoorwaarde(n), ook al is of zijn die arbeidsvoorwaarde(n) collectief vastgesteld. Juist de mengeling van een bijvoorbeeld niet goed functioneren van een werknemer en een terugplaatsing in functie kan gepaard gaan met het afnemen van de lease-auto, omdat het voertuig niet langer hoort bij de lagere functie. Datzelfde geldt voor een in beginsel bij een lagere functie behorende verlaging van het loon, waarbij van belang is dat goed-werkgeverschap mede ingevuld wordt door de omstandigheid dat het oude loon (een tijdje) wordt doorbetaald. Hierboven, in hoofdstuk 1.15, 1.16 en 1.17, is bij de behandeling van goed-werknemerschap en goed-werkgeverschap al vermeld hoe deze twee maatstaven een rol dienen te spelen bij de beoordeling van de mix van functieverandering en loonsverlaging.

De mix stelt de rechter soms voor problemen bij het antwoord op de vraag welke toets moet worden aangelegd. Nu de verlaging van het loon en de teruggave van de lease-auto het gevolg zijn van de verandering van de functie en deze laatste in beginsel door art. 7:611 BW (goed-werknemerschap en goed-werkgeverschap) wordt beheerst, dient ook de verlaging van het loon en de teruggave van de lease-auto door middel van goed-werknemerschap en goed-werkgeverschap te worden beoordeeld en komt het eenzijdige-wijzigingsbeding niet aan de orde. Wel zal de norm van de dubbele redelijkheid, die in het goed-werknemerschap verborgen zit, verzwaard kunnen worden, omdat het niet alleen om verlaging van functie gaat maar ook om bijkomende (en soms nog zwaardere althans zwaarder gevoelde) gevolgen. Daarin speelt de in 2.13 nader te bespreken afbouwregeling een grote rol. De kantonrechter in Rotterdam oordeelt vanuit goed-werkgeverschap²⁵⁹:

259 Ktr. Rotterdam, 17 februari 2005, JAR 2005/91.

De kantonrechter overweegt dat als er geen eenzijdige-wijzigingsbeding is overeengekomen, art. 7:613 BW ook niet van toepassing is. De kantonrechter gaat vrijwel meteen na de constatering dat art. 7:613 BW niet van toepassing is over tot toepassing van het goed-werknemerschap.

De kantonrechter oordeelt dat gewijzigde omstandigheden in de zin van het Taxi Hofman-arrest erin kunnen bestaan dat de werknemer niet (meer) naar behoren functioneert. De werkgever heeft als reden voor de functiewijziging opgegeven dat de werknemer de bekwaamheid mist de functie van supervisor naar behoren te vervullen. Het zou hem ontbreken aan voldoende analytisch, coördinerend en communicatief vermogen.

De kantonrechter heeft het zichtbaar moeilijk met het gegeven dat de werknemer ieder verwijt grondig weerspreekt. De rechter grijpt naar het werkgeversgezag van de werkgever en de hem gegeven zekere mate van vrijheid bij de beoordeling van de uitvoering door de werknemer van zijn werkzaamheden. Even later gebruikt de kantonrechter het begrip goed-werkgeverschap. Maar dan voor de terugplaatsing in de oude functie. De werknemer mocht zijn salaris behouden. Hij hield bovendien nog geruime tijd de lease-auto.

De kantonrechter in Nijmegen moet een wijziging van arbeidsvoorwaarden beoordelen in het raam van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanwege gewichtige redenen ex art. 7:685 BW.²⁶⁰

De werkgever, een organisatie voor thuiszorg, heeft, als gevolg van door de overheid aan haar opgedragen bezuinigingsmaatregelen en van wijziging in het systeem van financieren van de thuiszorg, haar werkwijze moeten veranderen. Een werkneemster kan, als gevolg van haar frequente en langdurige, niet arbeidsgerelateerde ziekteverzuim, niet aan die nieuwe normen voldoen, terwijl het verzuim van de werkneemster bovendien tot problemen in organisatie leidt. Externe vervanging is niet goed te financieren. Het frequente uitvallen van de werkneemster veroorzaakt een (volgens de werkgever onacceptabele) druk op de overige teamleden. Met de werkneemster is specifiek in de arbeidsovereenkomst overeengekomen dat ze louter in de avond en het weekend zou werken.

260 Ktr. Nijmegen, 1 maart 2005, JAR 2005/127.

Aan de werknemers is voorgesteld in een dagteam te gaan werken. De werknemers dient dan bereid te zijn gedurende drie dagen een aantal uren ingeroosterd te worden tussen zeven uur 's ochtends en zeven uur 's avonds. De werkgever heeft een overbruggings-/gewenningsperiode en een afbouwregeling voor het wegvallen van de avond- en weekendtoeslag aangeboden. De werknemers gaat niet in op de voorstellen.

De kantonrechter past, hoewel hij dit begrip niet met zoveel woorden noemt, het goed-werknemerschap toe, door te oordelen dat de werkgever aan de werknemers een redelijk voorstel heeft gedaan en dat van de werknemers in redelijkheid had mogen worden verwacht dat ze positief op de voorstellen zou hebben gereageerd. Van werknemers als zorgvuldig werknemers mocht worden verwacht dat zij zich rekenschap zou geven van de moeilijke positie, waarin de werkgever als gevolg van het frequente en langdurige ziekteverzuim kwam te verkeren. Van belang is daarbij dat de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat de financiële gevolgen van de wijziging in arbeidsvoorwaarde met een relatief geringe verhoging van het aantal te werken uren door de werknemers kan worden opgevangen. (De werknemers toonde zich op de mondelinge behandeling spijtoptante en daarom werd het verzoek van de werkgever alsnog afgewezen.)

2.11 Nieuwe werknemers

Een wijziging van arbeidsvoorwaarden kan, al dan niet na verzet van de zittende werknemers, tot gevolg hebben dat nieuwe werknemers geconfronteerd worden met die minder goede voorzieningen. Dat is in beginsel een gegeven. Een werkgever kan evenwel ook besluiten de zittende werknemers met rust te laten en nieuwe, slechtere, arbeidsvoorwaarden te laten in gaan bij de nieuw aan te nemen werknemers. Er ontstaat dan een verschil tussen de rechtspositie van de 'ouden' en de 'nieuwen'. Is er dan sprake van strijd met het beginsel van gelijke behandeling?

De kantonrechter in Rotterdam²⁶¹ beoordeelde of het afschaffen van een toeslag voor alleen nieuwe werknemers strijd met het beginsel van gelijke behandeling opleverde.

261 Ktr. Rotterdam, 13 februari 2003, JAR 2003/82.

Tot 1989 werden door de werkgever allerlei toeslagen betaald die niet op de CAO waren gebaseerd. Om reden van efficiëntie zijn die toeslagen vervangen door een vaste prestatietoeslag en daarna een vaste toeslag. Voor 1993 heeft de werkgever besloten nieuw aan te nemen werknemers nog slechts overeenkomstig de geldende CAO uit te betalen. De sinds 1993 aangenomen (nieuwe) werknemers ontvingen niet die vaste prestatietoeslag. Negenentwintig werknemers vorderden de prestatietoeslag en stelden dat zij op grond van art. 7:611 BW in beginsel op gelijke wijze beloond moeten worden en dat er geen objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig was zodat niet van dat beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid kan worden afgeweken. De werkgever had aangevoerd dat door pensionering of uitdiensttreding de verschillen in beloning geleidelijk zullen afnemen. De werkgever heeft verworven rechten niet willen aantasten, hoewel in 1993 uit kostenoverwegingen besloten is de prestatietoeslag voor nieuwe werknemers af te schaffen.

De kantonrechter beroept zich nog op de norm uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 8 april 1994, NJ 1994, 704 (Agfa tegen Schoolderman). Het onderscheid wordt in dit geval niet bepaald door godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele geaardheid of burgerlijke staat. De kantonrechter overweegt dat niet onbegrijpelijk is dat een werkgever zich geconfronteerd zag met een beloningssystematiek die in haar ogen onevenwichtig was en die afweek van de geldende CAO en dat de werkgever die systematiek wil aanpassen. De kantonrechter begrijpt ook dat in het kader van verworven rechten onderscheid wordt gemaakt tussen werknemers die op dat moment al in dienst waren en de werknemers die later in dienst zijn gekomen. Daarin is in ieder geval een objectieve rechtvaardiging gelegen voor het maken van onderscheid. Daarbij komt dat aan de werknemers is betaald wat is overeengekomen. In zoverre is er geen aanspraak op andere beloning. Het maakt niet uit dat de werknemers dat niet wisten toen zij in dienst traden. Honorering van het standpunt van de werknemers zou bovendien tot gevolg hebben dat een werkgever die om op zichzelf begrijpelijke redenen verworven rechten niet wil aantasten, vrijwel niet meer in staat zou zijn om honoreringssystematiek aan te passen of te veranderen ook wanneer daarop zichzelf goede gronden voor zijn.

Zouden deze overwegingen zijn gemaakt onder toepassing van het arrest Parallel Entry²⁶², waarin de norm van de onaanvaardbaarheid van het werkgeversingrijpen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid werd toegepast, dan zouden zij evenzeer hanteerbaar zijn en evenzeer tot afwijzing van de vordering van de werknemers aanleiding gegeven hebben.

2.12 Anciënniteit

Het anciënniteitsbeginsel wordt gehanteerd in het Ontslagbesluit en in art. 7:681, aanhef en onder d BW als grond voor een kennelijk onredelijke opzegging. Zij komt als norm ook voor in rechtspraak over functiewijziging. De werkgever dient bij het aanbieden van een andere functie ook rekening te houden met anciënniteit.

In de uitspraak van de kantonrechter²⁶³ gaat het om een werknemer die 56 jaar oud was en laatstelijk de functie van hoofd distributiecentrum vervulde. In september 2000 werd aan de werknemer medegedeeld dat zijn functie werd gewijzigd en dat hij op de afdeling inkomende goederen tewerkgesteld zou worden. De werknemer heeft deze lage functie geweigerd. Daarop heeft de werkgever een reorganisatie doorgevoerd, als gevolg waarvan de functie hoofd distributiecentrum is komen te vervallen. De werknemer heeft zich ziek gemeld en is sindsdien arbeidsongeschikt gebleven. Hij vordert een verklaring voor recht dat de handelwijze van de werkgever geen blijk geeft van goed-werkgeverschap. Daarnaast vordert de werknemer de veroordeling van de werkgever tot herplaatsing in de oude functie van hoofd distributiecentrum, althans een functie die qua inhoud en verantwoordelijkheden daaraan gelijkwaardig is. Bij een comparitie zijn partijen overeengekomen dat aan een door de kantonrechter te benoemen deskundige op voordracht van partijen advies zal worden gevraagd. De deskundige heeft zijn rapport uitgebracht en is tot de conclusie gekomen dat de werknemer op basis van het anciënniteitsbeginsel voorrang heeft op thans zittende functionarissen, zowel met betrekking tot de functie medewerker voorraadbeheer als de functie coördinator voorraadbeheer als de functie warehou-

262 HR 30 januari 2004, JAR 2004/68.

263 Ktr. Tiel, 12 mei 2003, JAR 2003/272.

se manager. Vooral in deze laatste functie zitten aspecten die vergelijkbaar zijn met die van de oorspronkelijke functie hoofd distributiecentrum. De kantonrechter wijst de verklaring voor recht toe. Niet alleen heeft de werkgever eenzijdig besloten de werknemer niet in de gelegenheid te stellen zijn oude functie uit te voeren maar bovendien heeft de werkgever in strijd gehandeld met het anciënniteitsbeginsel. Ook tijdens ziekte dient de werkgever het anciënniteitsbeginsel te respecteren.

Omdat de functie van hoofd distributiecentrum is komen te vervallen en dat ook geldt voor de andere vergelijkbare functies, wordt terugplaatsing afgewezen.

2.13 Afbouwregeling

De maatstaf van art. 7:613 BW bevat in de kern een belangenafweging. De werkgever dient een zwaarwichtig belang te stellen (en aanmerkelijk te maken of aan te tonen, al naar gelang de aard van de procedure) en daartegenover moet het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid blijken. Voorstelbaar is dat in het kader van die belangenafweging de redenen die door de werkgever zijn aangevoerd net niet voldoende zwaarwichtig of zwaarwegend zijn of dat gearzeld wordt door de rechter over het antwoord op de vraag of de belangen van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken²⁶⁴. In dat geval kan het doorvoeren van de door de werkgever voorgestelde maatregelen door de beugel, indien zij niet in één keer worden doorgevoerd, maar in fasen, met een afbouw- of uitstervingsregeling.

Aan wat voor een afbouw- of overgangsregeling moet worden gedacht, is sterk afhankelijk van de aard en vooral de uitwerking van de door de werkgever voorgestelde wijziging van de arbeidsvoorwaarden. In een groot aantal gevallen die onderwerp zijn geweest van rechterlijke beoordeling is uiteindelijk sprake van een verlaging van het inkomen van de werknemer, in de vorm van vermindering van loon, bonus, provisie, winstuitkering, reiskosten en andere vervoerskosten, of een hogere eigen bijdrage van de werknemer in de pen-

264 Ditzelfde afwegingsproces kan zich overigens voordien bij een toets aan art. 7:611 BW, waarbij de invulling van de redelijkheid van het voorstel van de werkgever de ene kapstok is en de gehoudenheid van de werknemer om redelijkerwijs te aanvaarden de tweede.

sioenpremie of de premie van de zorgverzekering of de kosten van kinderopvang. Of het nu gaat om verlaging van het salaris of verhoging van eigen bijdragen, de gevolgen uit zich in geld. Een afbouwregeling kan dus bestaan in een gefaseerde afbouw van het geldelijk verschil tussen de oude en de nieuwe maatregel.

De kantonrechter in Terneuzen²⁶⁵ dacht, bij een aanpassing van het salaris na een herplaatsing wegens disfunctioneren, aan tien afbouwperiodes met 10% per periode. De kantonrechter in Hoorn oordeelde dat de werknemer rekening moest houden met een salarisverlaging, na een in overleg geaccordeerde functiewijziging, maar niet zo fors en abrupt als door de werkgever voorgesteld. Gedacht werd aan een afbouwregeling van 10 procent na een halfjaar tot 30 procent na anderhalf jaar.²⁶⁶

Een zelf door de werkgever voorgestelde afbouwregeling met ± 30 procent in twee jaar kwam voor in de ontbindingszaak die is behandeld door de kantonrechter in Hilversum.²⁶⁷ Ditzelfde gerecht oordeelde dat een werknemer een ruime overgangsregeling werd aangeboden (afbouw in vier jaar, door twee jaar lang nog hetzelfde bedrag, € 81,06, aan reiskosten woon-werkverkeer te betalen en daarna twee jaar lang € 40,53) en dat de werknemer redelijkerwijs gehouden was deze te accepteren.²⁶⁸

Denkbaar is overigens ook dat een overgangsregeling zich niet alleen in geld vertaalt. Ook kan worden gedacht aan een gewenningstermijn. De kantonrechter te Roermond²⁶⁹ oordeelde nog dat een soepele hantering van een regeling kon worden vervangen door een striktere handhaving van de eigenlijke regeling, zeker indien de werkgever daarbij een op gewenning gerichte overgangstermijn in acht neemt. Aan welke termijn de kantonrechter dacht, is niet duidelijk. De kantonrechter te Apeldoorn²⁷⁰ beoordeelde een wijziging van een carpoolregeling en overwoog dat (minstens) een afbouwregeling van enige jaren nodig is.

Een duidelijk criterium valt uit het bovenstaande niet te destilleren, maar het lijkt er op dat een gemiddelde afbouwregeling van twee jaar

265 Ktr. Terneuzen, 19 mei 2004, JAR 2004/157.

266 Ktr. Hoorn, 22 februari 2002, JAR 2002/71.

267 Ktr. Hilversum, 16 oktober 2002, JAR 2002/282.

268 Ktr. Hilversum, 11 augustus 2004, JAR 2004/246.

269 Ktr. Roermond, 15 oktober 2002, JAR 2002/286.

270 Ktr. Apeldoorn, 16 november 2001, JAR 2002/23.

redelijk is, waarbij voor de uitvoering ervan gedacht kan worden aan wederom een afbouw, in die zin dat de afbouw in het begin met lagere percentages verloopt dan aan het eind. Een voorbeeld kan dit verduidelijken: de eerste zes maanden wordt afgebouwd met tien procent, de tweede zes-maandenperiode met twintig procent, de derde met dertig procent en de vierde met veertig procent. Voorstelbaar is ook een afbouw in twee jaar van vijftig procent per zesmaandelijke periode. De gedachte die achter deze gefaseerde afbouw zit is dat de werknemer in den beginne minder hard getroffen wordt, maar dat na een zekere gewinning de maatregel toeslaat.

2.14 Harmonisatie

De wens om verschillende regelingen gelijk te trekken binnen een onderneming is op zichzelf een te respecteren belang. Een te respecteren belang is nog geen zwaarwichtig belang als bedoeld in art. 7:613 BW, waarvoor het belang van de werknemer dat zou worden geschaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken.

Gelijktrekking kan rekenen op een soms wat bits aandoende overweging, zoals die van het gerechtshof in Amsterdam.²⁷¹

‘Het tweede argument, ter zake van harmonisatie, betreft in deze tijd waarin administraties met steeds geavanceerdere computerprogramma ‘s worden gevoerd evenmin een zodanig zwaarwichtig belang dat daarvoor de belangen van de werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken.’

Een harmonisatie in de zin van optrekking naar een hoger of het hoogste niveau van voorzieningen binnen een onderneming zal waarschijnlijk niet op bezwaren van werknemers stuiten, maar een gelijktrekking naar beneden, met een verslechtering, leidt meestal wel tot bezwaar. Gelijktrekking of harmonisatie zal tezamen met andere argumenten een zwaarwegend belang kunnen inhouden. Die andere argumenten kunnen vooral argumenten van financiële aard zijn, maar ook dan zal de werkgever dienen aan te tonen dat gelijktrekking noodzakelijk is. De kantonrechter te Apeldoorn heeft zich op het standpunt gesteld dat het zwaarwichtige belang dient te worden

271 Gerechtshof Amsterdam, 15 april 2004, JAR 2004/219.

onderbouwd met op het individuele geval toegesneden argumenten, maar dat zal niet bij elke voor een groep van werknemers bedoelde regelingen immer mogelijk zijn.

De kantonrechter te Apeldoorn²⁷² overweegt dat de enkele omstandigheid dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden wil harmoniseren een zwaarwichtig belang kan zijn, maar onder voorwaarden. De kantonrechter kon verwijzen naar een vonnis van zijn collega in Deventer (JAR 2000/226) waaruit bleek van (binnen een concern) bestaande verschillen her en der te lande, maar hecht ook (aanmerkelijke) betekenis aan de (gegeven) instemming van de ondernemingsraad. Hij voegt daaraan toe dat ook hier geldt dat tenzij individuele werknemers de nieuwe regeling accepteren, van de werkgever gevraagd mag worden het gestelde zwaarwichtig belang te onderbouwen met op het individuele geval toegesneden argumenten, hetgeen de werkgever in deze procedure heeft nagelaten. De werkgever heeft zich kortweg op het standpunt gesteld dat voor alle werknemers dezelfde regeling behoort te gelden. Hoe wenselijk dat ook moge zijn, zo stelt de kantonrechter, werknemers hebben onweersproken erop gewezen dat in het concern waar de werkgever toe behoort, her en der in den lande werknemers met afwijkende arbeidsvoorwaarden werken. Het beoordeelde Deventer geval is daarvan een voorbeeld.²⁷³

Een beroep op harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden wordt regelmatig ondersteund met het argument dat gelijk loon voor gelijke arbeid dient te worden betaald en dat het dus niet past dat sommige werknemers voor dezelfde arbeid meer betaald krijgen dan andere werknemers binnen dezelfde onderneming of groep van ondernemingen. Het meer genoemde gerechtshof²⁷⁴ heeft over dit argument gezegd dat de ongelijkheid na overgang van onderneming een logisch gevolg is van het bepaalde in art. 7:663 BW, nu de werking van dit artikel in dit geval niet met het argument van gelijke behandeling kan worden doorkruist. Het hof heeft hier waarschijnlijk mee bedoeld te overwegen dat het nu eenmaal inherent is aan een overgang van onderneming dat verschillen tussen de loonregimes van de overnemende werkgever en de overgenomen werkgever bestaan, terwijl

272 Ktr. Apeldoorn, 17 oktober 2001, JAR 2002/23.

273 De rechtbank Zutphen handhaaft deze beslissing, 25 juli 2002, JAR 2003/13.

274 Gerechtshof Amsterdam in FNV-Ledenservice, 15 april 2004, JAR 2004/219.

onmiddellijke gelijktrekking in beginsel niet kan plaatsvinden. In par. 3.3. zal op dit laatste punt verder worden ingegaan.

Het argument van de werkgever dat voor gelijke arbeid ook gelijk loon moet worden betaald, kan naar twee kanten worden uitgelegd, te weten dat het loon van de hoogst betaalde naar beneden moet worden bijgesteld of dat het loon van de laagst betaalde opgetrokken moet worden. Indien de maxime ‘even slecht is ook gelijk’ wordt gehanteerd, dan is interessant hoe de rechter het argument van de werkgever zal beoordelen, indien in dezelfde zaak door de werknemer een eis in reconventie wordt ingesteld, waarin hij zich op dezelfde argumenten als de werkgever beroept en vordert dat het loon moet worden opgetrokken tot het hoogste niveau binnen de onderneming, mits natuurlijk voor dezelfde arbeid. De rechter die zich voor deze verlangens gesteld ziet, zou kunnen overwegen twee verschillende maatstaven erop los te laten, maar waarschijnlijker is dat dezelfde norm, die door de Hoge Raad is gehanteerd in de Parallel Entry-zaak²⁷⁵, niet alleen van toepassing is op de door de werknemer gevorderde gelijkstelling, maar ook op door de werkgever aangevoerde argumenten. Dit betekent dat de norm van gelijk loon voor gelijke arbeid een zwakkere gelijkheidsnorm is dan andere, sterkere non-discriminatie normen en dat deze, niet bij voorbaat abjecte, ongelijkheden alleen dan niet door de beugel kunnen, indien handhaving van de ongelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. En dan zou dus niet de normaliter, voor de beoordeling van harmonisatie, door de rechter te hanteren norm van het zwaarwichtig belang op de vordering van de werkgever moeten worden toegepast, maar de zelfs nog zwaardere maatstaf van de onaanvaardbaarheid worden aangelegd. Mijns inziens zal dat betekenen dat de werkgever, met diens beroep op gelijktrekking van de lonen, in die zin een zware dobber krijgt dat hij naast de harmonisatiemens geen gewone, maar zelfs een sterke of dringende financiële nood zal moeten aanvoeren om zijn vordering toegewezen te zien.

2.15 Conclusie hoofdstuk 2

De door sommige auteurs waargenomen onduidelijkheid en tegenstrijdigheid in uitspraken over de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW

275 HR 30 januari 2004, JAR 2004/68 (Parallel Entry vs KLM en VNV).

(de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) valt bij nadere bestudering mee.

De meeste kantonrechters overwegen dat, wanneer er geen eenzijdige-wijzigingsbeding aanwezig is, de werkgever niet kan overgaan tot een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) moet worden toegepast. Maar ook wordt (iets minder streng) geredeneerd dat, wanneer een eenzijdige-wijzigingsbeding ontbreekt, het niet in de rede ligt een lichtere maatstaf dan art. 7:613 BW aan te nemen²⁷⁶. Er zijn ook uitspraken waarin, bij afwezigheid van een eenzijdige-wijzigingsbeding, wordt doorgezaakt naar de maatstaf van art. 7:611 BW, maar die maatstaf van goed werknemerschap is, zelfs indien kritisch ingevuld, te licht.

De rol van de OR in de zaken die van doen hebben met verlaging en/of aanpassing van loon is klein. De ondernemingsraad is vrijwel afwezig (2.1.1.-2.1.15). Bij arbeidsduur is de OR daarentegen vaak prominent aanwezig (2.2).

Hoewel de vervoersregeling niet als instemmingsrechtelijk onderwerp voorkomt in art. 27 van de WOR, wordt in de bovengenoemde zaken niet gearzeld over het karakter (van arbeidsvoorwaarde) van vervoersregelingen. De ondernemingsraad speelt in de hierboven besproken casus over vervoersregelingen nauwelijks een rol (2.5.1-2.5.9).

Aan de toepassing van de wettelijke eis dat allereerst een eenzijdige-wijzigingsbeding gesloten moet zijn, voorealer de norm van het zwaarwichtig belang aan de orde komt, wordt regelmatig de hand gehouden. En daar waar van de norm wordt afgewezen en het goedwerkgeverschap of goed-werknemerschap wordt toegepast, is de uitkomst vaak alsof het zwaarwichtig belang is toegepast. De uitkomsten van de weging van belangen zijn wisselend in die zin dat, met toepassing van het zwaarwichtig belang, meestal de door de werkgever voorgenomen wijziging wordt afgekeurd, maar soms de wijziging ook wordt goedgekeurd. Dat kan te maken hebben met de omstandigheid dat zeer regelmatig aan een wijziging geen CAO of ondernemingsovereenkomst ten grondslag lijkt te liggen. Dan valt de niet onbelangrijke factor weg dat werkgevers(organisaties) en vakbonden

276 Gerechtshof Amsterdam, 15 april 2004, JAR 2004/219.

met elkaar, al dan niet met gebruikmaking van middelen als (dreigende) staking, hebben onderhandeld (of, in vaak mindere vorm, ondernemer met OR) en dat al een boven-individueel machtsspel gespeeld is, waaruit overigens een niet altijd even goed afgewogen (althans regelmatig onvoldoende door CAO-partijen of OR uitgelegd) totaalpakket maatregelen te voorschijn gekomen is.

De worsteling met de art. 7:611, 7:613 en 6:248 BW doet zich juist bij de vervoersregelingen in alle hevigheid voor. Werd bij de casus van de bedrijfsbus (2.5.1) en de bedrijfsauto II (2.5.8) de norm van goed-werknemerschap toegepast, bij de auto voor woon-werkverkeer (2.5.3) en de groepsvervoersregeling (2.5.6) werd een mix van het bepaalde in art. 7:611 en 6:248 lid 2 BW gebruikt. Bij vier beoordeelde gevallen (2.5.4, 2.5.5, 2.5.7 en 2.5.9) is de norm van het zwaarwichtig belang ingevolge art. 7:613 BW benut. Vanaf 2004 worden de uitspraken consistentier, in die zin dat steeds vaker het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW wordt toegepast, maar een vreemde eend in de bijt blijft de uitspraak onder 2.5.8 die als enige nog met toepassing van het bepaalde in art. 7:611 BW over goed-werknemerschap tot stand is gekomen. Bij een eenzijdige wijziging van de lease-auto wordt telkens (2.5.5, 2.5.7 en 2.5.9) de norm van het zwaarwichtig belang toegepast.

Deze tamelijk geruststellende uitkomst mag niet verhullen dat de verschillende normen zoals zwaarwichtig belang, onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid alsmede goed-werknemerschap juist bij de minder zwaarwegende arbeidsvoorwaarden zoals bijdragen aan de kinderopvang, vervoersregelingen en de bijdragen aan de premies voor de Zorgverzekeringswet te veel door elkaar gebruikt worden. De voorkeur dient eraan gegeven te worden eerst vast te stellen of er sprake is van arbeidsvoorwaarden in de zin van art. 7:613 BW en dan vervolgens de norm van het zwaarwichtig belang toe te passen. De inhoud van die norm kan verschillen al naargelang de zwaarte van de arbeidsvoorwaarden minder wordt. Bij de vervoersregelingen zou derhalve eerder dan bij loon of arbeidstijden een lichtere invulling gegeven kunnen worden aan de norm van het zwaarwichtig belang.

Hoofdstuk 3

Partiële ontbinding, incorporatiebeding en harmonisatie na overgang

Thans behoeven nog drie onderwerpen bespreking. Het betreft (a) de partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst tengevolge van wijziging van arbeidsvoorwaarden, voorts (b) het incorporatiebeding en tenslotte (c) wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming. Hoewel met name het laatste onderwerp ook behandeld had kunnen worden bij het onderwerp harmonisatie, zoals ook het incorporatiebeding besproken had kunnen worden bij het eenzijdige-wijzigingsbeding, is er ook veel voor te zeggen de beide onderwerpen wat afgezonderd te behandelen. De discussie over het incorporatiebeding kan immers ook los van de vraag welke maatstaf (op de wijziging van arbeidsvoorwaarden ten gevolge van de incorporatie van een CAO of de in de branche gebruikelijke CAO) van toepassing is, worden gevoerd, omdat de essentiële vraag is of het incorporatiebeding een eenzijdige-wijzigingsbeding is of niet. Dan doet vervolgens weer een andere vraag op, te weten of het incorporatiebeding zonder de bescherming van art. 7:613 BW een eigen leven kan leiden.

De harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming vormt alleen al door de problematiek van de nawerking van een algemeen verbindend verklaarde CAO een zodanig apart onderwerp dat het niet eerder goed beschreven had kunnen worden in de voorgaande twee hoofdstukken.

3.1 Partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst

De partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst is die ontbinding waarbij niet de hele arbeidsovereenkomst wordt ontbonden maar slechts een deel daarvan. Zij kent twee varianten, te weten de ontbinding voor een deel van de arbeidsovereenkomst en de ontbinding van de gehele arbeidsovereenkomst onder de voorwaarde dat de werkgever voor het overblijvende, het restant, een nieuw dienstverband aanbiedt. De partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens

een dringende reden is moeilijk voorstelbaar²⁷⁷, zodat in de praktijk de gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wijzigingen in de omstandigheden die billijkheidshalve dadelijk of na korte termijn tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden, het vaakst voorkomt. De meest aangevoerde reden voor een gedeeltelijke ontbinding is de vermindering van het aantal arbeidsuren, dat in de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst tussen partijen is overeengekomen, ten gevolge van bepaalde omstandigheden. Deze omstandigheden zijn meestal van bedrijfseconomische aard. Volgens de voorstanders van de partiële ontbinding is er een aantal redenen om de gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst toe te staan. Wie het meerdere, te weten de gehele ontbinding van de arbeidsovereenkomst, mag vragen, mag ook het mindere verzoeken.²⁷⁸ Ten tweede wordt aangevoerd dat de gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst praktisch is en tegemoet komt aan de wens van flexibele arbeidsrelaties en een soepel ontslagrecht. De tegenstanders van de partiële ontbinding wijzen allereerst op de ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst en op de niet-toepasselijkheid van het bepaalde in art.6:265 BW op het Nederlandse arbeidsrecht. Beide argumenten van de tegenstanders zijn niet steekhoudend, omdat de ondeelbaarheid van de (arbeids)overeenkomst voor het huidige BW niet langer een groot probleem is en alleen nog maar een rol speelt bij het vraagstuk van de hoofdelijkheid.²⁷⁹ Dit vraagstuk speelt bij de arbeidsovereenkomst evenwel nauwelijks een rol. Ook de niet-toepasselijkheid van de bepaling van de (op toerekenbare en niet-toerekenbare tekortkoming gebaseerde) gedeeltelijke ontbinding in art. 6:265 BW is weinig overtuigend. De arbeidsovereenkomst wordt op alle fronten door het overeenkomstenrecht beïnvloed. Gewezen kan

277 Hoewel – strikt theoretisch – gedacht zou kunnen worden aan een arbeidsovereenkomst, waarin op twee plekken wordt gewerkt en de werknemer niet langer op een plek gehandhaafd kan worden. In de meeste gevallen zal evenwel het vertrouwen van de werkgever in de werknemer, bij een dringende reden, niet partieel maar geheel weg zijn.

278 Dit is een intrigerende maxime, die uit het Romeinse recht stamt. Cui licet quod plus, licet utique quod est minus. De uitdrukking luidt ook wel: in eo quod plus est, semper inest et minus. In het huidige recht wordt met de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en evenredigheid zwaar geknabbeld aan de te ongeavanceerde werking van dit antieke adagium.

279 Zie C.J. Loonstra in NJB 1995, p. 204 tot en met 210, m.n. p. 207 en A. Luttmerkat, Losbladige arbeidsovereenkomst, aant. 14 bij art. 7:685 BW, Suzanne Burri in Nemesi 1995, 3, p. 63 tot en met 73 en J.J.M. de Laat in SR 1995-10, p. 299 e.v.

worden op de invloed van de ontbindende voorwaarde, ook al is deze door specifieke vereisten van het beschermende arbeidsrecht ingedamd, de onrechtmatige daad, de vertrouwensleer, de aanvullende beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, al dan niet via goed-werkgeverschap en goed-werknemerschap.

In de discussie is evenwel nog niet een nieuw argument besproken. Door de inwerkingtreding van de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) is er immers geen rechter mee nodig bij aanpassing van de arbeidsduur. Er is een buiten-rechterlijke methode in het Nederlands arbeidsrecht geïntroduceerd om een vermindering of vermeerdering van de arbeidsuren te bewerkstelligen. Op grond van art. 2 van de WAA kan de werknemer de werkgever verzoeken om aanpassingen van de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende arbeidsduur. Voorwaarde is dat de werknemer tenminste een jaar voorafgaand aan het beoogde tijdstip van de ingang van die aanpassingen in dienst is bij de werkgever. De werkgever is verplicht overleg met de werknemer te voeren over diens verzoek. Het verzoek van de werknemer om aanpassing van de arbeidsduur wordt in beginsel ingewilligd (voor zover het betreft het tijdstip van ingang en de omvang van de aanpassingen), tenzij zwaarwegende bedrijfsbelangen zich daartegen verzetten. Bij vermindering van arbeidsduur is in ieder geval sprake van zwaarwegende bedrijfsbelangen indien de vermindering leidt tot ernstige problemen voor de bedrijfsvoering met herbezetting van de vrijgekomen uren, op het gebied van veiligheid of van roostertechnische aard. Bij vermeerdering van de arbeidsduur is in ieder geval sprake van een zwaarwegende bedrijfsbelang 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 personeels begroting daartoe ontoereikend is.

Nu is het natuurlijk van belang meteen op te merken dat slechts de werknemer dit verzoek tot vermindering of vermeerdering ingevolge de WAA kan doen. Maar, indien de werkgever eenzijdig de arbeidsuren wil verminderen, staat ook hem een andere weg open dan de partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst, te weten de toepassing van het bepaalde in art. 7:613 BW en de daarop geënte jurisprudentie. De werkgever kan met andere woorden de arbeidsvoorwaarden eenzijdig wijzigen, wanneer hij daarbij een zwaarwichtig belang heeft, waarvoor de belangen van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken. Daarmee is in

ieder geval althans wat mij betreft de argumentatie dat wie het meerdere mag, ook het mindere mag, weggevallен, omdat een andere weg openstaat en daarmee aan het beginsel van de subsidiariteit wordt voldaan.

Ontegengesteld lijken mij de arbeidsuren of de arbeidstijd een arbeidsvoorwaarde te vormen.

Voor het zogenoemde wijzigingsontslag, dat door de CWI wordt verleend op grond van art. 6 BBA onder de voorwaarde dat de werkgever de werknemer weer in dienst neemt tegen andere arbeidsvoorwaarden, geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Er is alleen nog een argument extra. De CWI mag op grond van de eigen regels geen voorwaarden als die van het wijzigingsontslag aan de toestemming verbinden.²⁸⁰

3.2 Het geïncorporeerde CAO-beding

Het geïncorporeerde CAO-beding ofwel het zogenoemde incorporatiebeding is het beding in de individuele arbeidsovereenkomst waarbij werkgever en werknemer overeenkomen dat een CAO op de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing is.²⁸¹ Maar ook komt een wat uitgebreidere formulering voor zoals: de werknemer verbindt zich voor de werkgever arbeid te verrichten op de grondslagen en voorwaarden van de landelijke CAO voor het stand-upcomediansbedrijf.

Het geïncorporeerde CAO-beding kan de rechter soms voor netelige vragen stellen.

De incorporering is een bekend fenomeen geworden door twee ontwikkelingen. De ene is dat de (in 1998 afgeschafte) arbeidsreglementen niet voldeden en rechtstreekse opname van meer collectief getinte arbeidsvoorwaarden in de individuele arbeidsovereenkomst wel beviel. De andere ontwikkeling is dat werkgevers aanhikten tegen de verplichting ingevolge art. 14 Wet CAO om de CAO ook toe

280 Zie ook: P.S. van Minnen en W.A. Zondag, Ontslagvergunning onder ontbindende voorwaarde, *ArA* 2002/1, p. 85-102; W.A. Zondag, De speelruimte van CWI ten aanzien van de voorwaardelijke vergunningverlening, *Arbeid Integraal* 2002/3, p. 90-100.

281 HR 4 mei 1956, NJ 1956, 299.

te passen op werknemers die niet gebonden²⁸² waren en die zich ook, al kwam dat waarschijnlijk weinig voor, tegen toepassing van de CAO konden verzetten, met name wanneer bij CAO overeengekomen arbeidsvoorwaarden verslechterden.

De formulering van het geïncorporeerde CAO-beding luistert nauw. Indien bijvoorbeeld in de arbeidsovereenkomst wordt bepaald dat op deze overeenkomst verder van toepassing zijn ‘de bepalingen zoals vastgelegd in de van kracht zijnde CAO’, dan is niet ondenkbaar dat al snel verschillen ontstaan over de uitleg. Immers de van kracht zijnde CAO kan zowel de CAO zijn die van kracht is op het moment dat de arbeidsovereenkomst wordt gesloten (waarna een bevrozing van de ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden plaatsvindt), als ook de telkenjare veranderende en meegroeiende CAO, zodat er eigenlijk geen verschil is met een werkgever die lid is van de werkgeversorganisatie die de CAO afsluit en een dito gebonden werknemer. De woorden ‘van kracht zijnde’ kunnen ook nog inhouden dat, wil de CAO gelden, de werkgever lid moet zijn geworden van een werkgeversvereniging die de CAO afsluit dan wel dat algemeenverbindendverklaring van de bepalingen van de CAO moet hebben plaatsgevonden.

Er is zelfs nog een andere uitleg mogelijk, zoals blijkt uit de zaak die beslecht is in HR 9 juli 2004.²⁸³ Daarin had de werkgever zich op het standpunt gesteld dat hij in de CAO-loze periodes salaris diende te betalen conform de laatstelijk algemeen verbindend verklaarde (bepalingen van de) CAO, terwijl de werknemer wenste dat hem salaris werd betaald conform de nieuw afgesloten, maar nog niet algemeen verbindend verklaarde (bepalingen van de) CAO.

Denkbaar is ook nog een ander uitlegprobleem. Als werkgever en werknemer niet aangeven welke CAO zij bedoeld hebben, zal een geschil kunnen ontstaan over de vraag welke CAO – logischerwijs – het meest toepasselijk is.

282 R.A.A. Duk schrijft in SMA 2006, 7/8, p. 312 dat de aan een CAO gebonden werkgever die CAO moet toepassen op niet of anders georganiseerde werknemers maar de wet spreekt over niet gebonden werknemers. Die (wettelijke) formulering wordt hier verder aangehouden.

283 HR 9 juli 2004, nr C03/096HR, JAR 2004/189 (Hoevers Distributiecentrum/Van Dijk). Tot een echte beslechting kwam het niet omdat de Hoge Raad oordeelde dat de werkgever bij de klacht over Haviltex of CAO-uitleg geen belang had.

Dit deed zich voor in de zaak die werd beslecht door Hof Leeuwarden.²⁸⁴

Een individuele arbeidsovereenkomst tussen een (titulair) directeur en een werkgever kent de bepaling dat, tenzij in de arbeidsovereenkomst anders vermeld, de CAO Kleinmetaal van toepassing is. In de CAO is met betrekking tot de proeftijd geregeld dat de eerst twee maanden over en weer als proeftijd gelden. De CAO bepaalt evenwel ook dat hij (de CAO dus) niet van toepassing is op directeurs. De werknemer is, zoals gezegd, directeur. Het Hof legt dit incorporatiebeding zo uit, dat de CAO voor de Kleinmetaal, welke wordt uitgelegd als de CAO voor het metaalbewerkingsbedrijf, van overeenkomstige toepassing is, met uitzondering van de bepaling omtrent de niet-toepasselijkheid ervan voor directeurs. Het gevolg van deze uitleg is derhalve dat de CAO, met inbegrip van de bepaling omtrent de proeftijd, op de individuele overeenkomst wel van toepassing is. Desalniettemin komt het hof tot de conclusie dat op de proeftijd niet door de werkgever een beroep kan worden gedaan, omdat een proeftijdbeding voor werknemer ingrijpende consequenties heeft, zodat de werknemer zich van de inhoud van het beding bewust moet zijn geweest en daarmee moet hebben ingestemd, hetgeen hier onvoldoende het geval is. Zou de CAO tot stand zijn gekomen op de reguliere wijze en de werknemer vervolgens aan de CAO gebonden zijn op de officiële manier (via het lidmaatschap van een bij het sluiten van de CAO betrokken bond), dan zou het proeftijdbeding wel gelden, maar zo'n situatie doet zich hier niet voor. Verder verwijst het hof naar de omstandigheid dat de werkgever op grond van art. 7:654 BW kosteloos een volledig, door hem ondertekend afschrift van de CAO aan de werknemer had moet geven, nu, naar het oordeel van de hof, ook geïncorporeerde geschriften als de CAO onder de verplichting van 7:654 BW vallen. Verder, ten derde, vindt het hof dat de werkgever pas in een laat stadium erachter kwam dat wel eens een proeftijdbeding, via het geïncorporeerde CAO-beding, op de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing zou kunnen zijn. Al deze omstandigheden tezamen brengen mee dat niet voldoende vaststaat dat van wilsovereenstemming tussen partijen kan worden gesproken ter zake de gelding van het proeftijdbeding.

284 Gerechtshof Leeuwarden, 9 november 2005, JAR 2005/285 (Assembla-Mestrom).

Een soortgelijk probleem, als hierboven in de casus van het gerechtshof in Leeuwarden geschetst, kan zich ook voordoen, indien op een individuele arbeidsovereenkomst twee CAO's van toepassing worden verklaard of, bij voorbeeld de toepasselijkheid wordt opgenomen van 'de CAO's voor de Metaal- en Elektrotechnische Industrie'.²⁸⁵

Een incorporatiebeding dient uitgelegd te worden volgens de zogenoemde Haviltexformule en niet conform de zogenoemde CAO-formule. De Hoge Raad²⁸⁶ heeft in een overweging ten overvloede overwogen dat het aan partijen bij een individuele arbeidsovereenkomst vrijstaat te bepalen welk arbeidsvoorwaardenregiem op die arbeidsovereenkomst van toepassing zal zijn, nadat zij niet langer aan de in de desbetreffende bedrijfstak afgesloten CAO zijn gebonden. In datzelfde arrest heeft de Hoge Raad aangegeven dat een geïncorporeerd CAO-beding in de omstandigheden van het gegeven geval niet mag worden uitgelegd overeenkomstig de zogenoemde CAO-norm, maar conform de Haviltex-maatstaf. Het ging om een beding in een individuele overeenkomst, ontleend aan een bij een CAO behorend modelcontract. Naar zijn aard is dit beding, hoezeer ook ontleend aan een bij een CAO behorend modelcontract, niet bestemd om andere dan de individuele werknemer en de individuele werkgever te binden. Daarom kan van een uitleg naar de zogenoemde objectieve uitlegmethode geen sprake zijn.

Wanneer is vastgesteld dat het incorporatiebeding voldoende duidelijk is voor wat betreft de door partijen genoemde of bedoelde CAO, alsmede uitleg heeft plaatsgevonden over begrippen als de 'van kracht zijnde' CAO, rijst een volgende vraag. Deze luidt of met de door beide partijen overeengekomen toepasselijkheid van (de gehele of gedeeltelijke inhoud van) een bepaalde CAO op de individuele arbeidsovereenkomst ook gegeven is dat elke toekomstige wijziging van die CAO de individuele arbeidsovereenkomst zal beheersen. Wordt, anders gezegd, het in de individuele arbeidsovereenkomst overeengekomene door de telkens nieuwe CAO-bepalingen opzij gezet? Bij de beantwoording van deze vraag mag mijns inziens niet zonder meer de parallel worden getrokken met het bepaalde in art. 12 WCAO. Dit artikel geldt wanneer het CAO-recht van toepassing zou

285 Zoekt men op <www.szw.nl> naar die CAO's dan bestaan ze wel allebei, maar kennen ze verschillende onderwerpen.

286 HR 9 juli 2004, nr. C03/096HR, JAR 2004/189 (Hoevers-Van Dijk). Ook: HR 25 januari 2008, JAR 2008/55.

zijn en een gebonden werkgever met een gebonden werknemer een individuele arbeidsovereenkomst heeft gesloten waarop een CAO van toepassing is. De bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst zullen dan moeten wijken voor de bepalingen in de (bijvoorbeeld elke twee jaar wijzigende) CAO. Dit CAO-rechtelijke uitgangspunt kan niet zonder meer worden getransplanteerd op de individuele arbeidsovereenkomst, waarin niet gebonden partijen de toepasselijkheid van een bepaalde CAO overeenkomen. Daar komt bij dat op grond van art. 18 WCAO een CAO niet langer mag duren dan maximaal 5 jaar, uitdrukkelijk overeengekomen verlenging uitgezonderd. Een incorporatiebeding daarentegen wordt geacht voor een veel langere tijd te werken en dat maakt meteen ook de gebondenheid van werknemer en werkgever aan beginsel vele toekomstige wijzigingen problematisch.

Het Hof van Justitie van de EG heeft in een arrest van 9 maart 2006²⁸⁷ overwogen dat, in het kader van de overgang van onderneming, een clausule die verwijst naar een collectieve overeenkomst²⁸⁸ niet kan worden geacht voor de uitlegging van art. 3 lid 1 van de richtlijn (77/187/EEG) een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waarnaar zij verwijst. De in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden blijven slechts gehandhaafd tot het tijdstip waarop deze overeenkomst wordt beëindigd of afloopt of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast. Uit de bewoordingen van de richtlijn volgt dus geenszins dat de communautaire wetgever de verkrijger heeft willen binden aan andere collectieve overeenkomsten dan die welke van kracht was op het tijdstip van de overgang en (volgt dus evenmin dat hij) hem bijgevolg heeft willen verplichten de arbeidsvoorwaarden naderhand te wijzigen door toepassing van een nieuwe, na de overgang gesloten overeenkomst. Een en ander is bovendien in overeenstemming met het doel van de richtlijn die enkel ertoe strekt de op de dag van overgang bestaande rechten en verplichtingen van de werknemer te handhaven. Daarentegen beoogt de richtlijn niet bescherming van loutere verwachtingen en derhalve hypothetische voordelen ten gevolge van toekomstige ontwikkelingen van collectieve overeenkomsten.

287 HvJ EG 9 maart 2006, nr C-499/04, JAR 2006/83, Werhof/Freeway Traffic Systems.

288 Het HvJ spreekt consequent over een collectieve overeenkomst in plaats van een collectieve arbeidsovereenkomst.

Kan het zogenoemde geïncorporeerde CAO-beding als een eenzijdig wijzigingsbeding worden gezien? Strikt genomen niet, omdat het eenzijdige-wijzigingsbeding een regeling geeft van de bevoegdheid van de werkgever om eenzijdig de inhoud van de arbeidsovereenkomst te wijzigen, terwijl het geïncorporeerde CAO-beding weliswaar de werkgever de mogelijkheid geeft wijzigingen in een individuele arbeidsovereenkomst door te voeren, maar deze wijzigingen tot stand gekomen zijn in CAO-overleg. Zelfs wanneer de op deze wijze doorgevoerde veranderingen een verslechtering voor de werknemer meebrengen, zijn zij op een andere wijze tot stand gekomen dan in een daadwerkelijke eenzijdige wijziging, waarbij de werkgever (zonder vooroverleg met vakbonden en meestal zonder vooroverleg met de ondernemingsraad) een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst wenst door te voeren. Directe invloed van de werkgever is er alleen, zo schrijft Duk²⁸⁹, wanneer het gaat om een bedrijfs-CAO waarbij de werkgever immers zelf partij is, maar ook dan is de situatie een heel andere dan die bij een personeelsregeling, die het onderwerp vormde waarover rechtspraak bestond die aanleiding gaf tot invoering van art. 7:613 BW. Deze rechtspraak bestaat uit twee arresten van de Hoge Raad uit 1956 en 1988.²⁹⁰

In de in 2006 losgebarsten discussie over de vraag of een incorporatiebeding een eenzijdige wijzigingsbeding is, is de heel principiële vraag aan de orde gesteld of een incorporatiebeding per definitie een wijzigingsbeding is. Volgens Duk is die vraag in het parlementaire debat niet aan de orde geweest. Hij stelt²⁹¹ dat men de oorspronkelijke bepaling ook kan lezen als regel voor het geval waarin de uit een toepasselijke CAO voortvloeiende wijzigingen in een personeelsgids worden doorgevoerd met een beroep op een algemeen geformuleerd wijzigingsbeding. De wetgever is er immers met zoveel woorden in uitgegaan dat de wijziging ‘nog verwerkt (dient) te worden in de individuele arbeidsovereenkomsten’ maar ook dat art. 14 van de Wet op de CAO ‘van toepassing is’. Wat dat ‘van toepassing’ zijn voor gevolgen heeft, is daarbij dan weer niet aangegeven.

289 R.A.A. Duk, SMA 2006, 7/8, p. 312.

290 HR 4 mei 1956, NJ 1956, 299 en HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335.

291 R.A.A. Duk, SMA 2006, 7/8, p. 312 en 313. Met ‘oorspronkelijke bepaling’ doelt Duk op het oorspronkelijke voorstel van de ministers in het wetsontwerp 24615 ter zake de afschaffing van het arbeidsreglement en de invoering van het eenzijdige-wijzigingsbeding, waarin een art. 7:613 BW werd geïntroduceerd dat bestond uit de leden 1 en 2 en waarin in lid 2 een vermoeden van de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang werd geïntroduceerd.

Deze conclusie van Duk is niet helemaal juist, omdat na het door hem aangehaalde citaat uit de nota naar aanleiding van het verslag, 24 615, nr 9, p. 32 ook de zinsnede staat: 'In dit verband wordt verwezen naar de memorie van toelichting, paragraaf 2.3 onder 3'. Daar wordt, met betrekking tot het verschil tussen een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad enerzijds en een collectieve arbeidsovereenkomst die gesloten is tussen werkgever(svereniging) en werknemersorganisatie(s) anderzijds, door de ministers opgemerkt dat de CAO als een regeling van hogere arbeidsrechtelijke orde prevaleert boven hetgeen ondernemer en ondernemingsraad overeenkomen. De ministers vervolgen hun beschouwingen met de opmerking dat de doorwerking van een wijziging van arbeidsvoorwaarden in individuele arbeidsovereenkomsten van een CAO-bepaling of van besluiten tot algemeen verbindendverklaring (ten aanzien van ongeorganiseerde althans ongebonden werknemers) onveranderd blijven. De overeenstemming met een ondernemingsraad heeft niet het karakter van een CAO en werkt dus niet automatisch en dwingend door in de individuele arbeidsovereenkomsten, zoals een CAO dat wel doet ten aanzien van georganiseerde (althans gebonden) werknemers. De ministers vervolgen hun betoog met de volgende zinsnede: 'Ook de werking van art. 14 Wet CAO ten aanzien van ongeorganiseerde werknemers blijft onverlet'.

Iets verderop in de nota naar aanleiding van het verslag²⁹² wordt opgemerkt dat de CAO naar heersende rechtsopvattingen een belangrijke brede maatschappelijke betekenis heeft. Gewezen wordt op art. 14 WCAO, op grond waarvan de (gebonden) werkgever jegens de vakorganisaties bij de CAO verplicht is om de CAO ook ten aanzien van anders georganiseerde of ongeorganiseerde werknemers toe te passen. De mate waarin een werknemer zich kan onttrekken aan de toepassing van het wijzigingsbeding, ingeval sprake is van overeenstemming tussen werkgever en ondernemingsraad, reikt – aldus de wetgever – in het algemeen verder dan de mate waarin een (ongeorganiseerde) werknemer zich kan onttrekken aan zo'n beding ingeval de regeling van arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een CAO.

Mijns inziens is dus in de parlementaire stukken wel vermeld wat het van toepassing zijn van art. 14 WCAO inhoudt. Dat betreft allereerst de handhaving van de bepaling van art. 14 WCAO, te weten dat de werkgever jegens de niet gebonden werknemers de bepalingen uit

292 Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, nota naar aanleiding van het verslag, 24 615 nr. 3 p. 23.

de CAO nakomt. Op de tweede plaats houdt de toepassing van art. 14 WCAO in dat, door een afbakening in de verhouding tussen ondernemingsovereenkomst en CAO, de werknemer een lastiger klus krijgt zijn belang de doorslag te laten geven tegenover het (zwaarwichtige) belang van de werkgever, indien sprake is van een wijziging van de individuele arbeidsovereenkomst die voortvloeit uit wijzigingen in de CAO in plaats van uit wijzigingen ten gevolge van een met de OR gesloten ondernemingsovereenkomst.

Van de (wat ingewikkelde) drietrapsraket van Duk, te weten dat eerst een CAO wordt gesloten, waarvan de bepalingen vervolgens in een personeelsgids worden doorgevoerd, welke dan op zijn beurt weer moet worden getransformeerd in de individuele arbeidsovereenkomst, is in de parlementaire stukken niets terug te vinden. Maar ook indien men Duks drietrapsraket zo leest, dat de personeelsgids verandert ten gevolge van de CAO-wijzigingen en dat die personeelsgidsveranderingen dan weer moeten worden verwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst, blijft het per saldo toch de werkgever die tegenover een individuele werknemer een wijziging van de individuele arbeidsovereenkomst voorstelt.

Een ander argument van de voorstanders van de gedachte dat een incorporatiebeding geen eenzijdige-wijzigingsbeding is, luidt dat de tekst van art. 7:613 BW in het enkelvoud spreekt van 'een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde'.²⁹³ Daarmee wordt op zijn minst verdedigbaar – zo stellen deze voorstanders – dat van bepaling tot bepaling moet worden bezien of de werkgever een zwaarwichtig belang heeft en de werknemer daarmee aan 'cherry-picking' kan doen door verbeteringen te aanvaarden en verslechteringen aan te vechten. Juist het feit dat bij een CAO om een 'packagedeal' pleegt te gaan, waarbij het pakket als samenhangend totaal moet worden gezien, maakt toepassing van art. 7:613 BW bezwaarlijk.

Dit argument vind ik maar zeer betrekkelijk. Terwijl het voorstel van wet een nieuw art. 7:613 BW formuleert, waarin gerept wordt van 'een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde', wordt in de artikelsgewijze toelichting²⁹⁴ in de memorie van toe-

293 R.A.A. Duk, a.w. noot 259, p. 313.

294 Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 615 nr 3, p. 37 e.v., meer in het bijzonder p. 48.

lichting al gesproken van ‘een nieuw art. 613 op grond waarvan werknemers een passende bescherming wordt geboden bij het gebruik van bedingen waarbij de werknemer verklaart in te stemmen met elke toekomstige wijziging van arbeidsvoorwaarden’. Arbeidsvoorwaarden, in het meervoud dus, zodat de betekenis van het enkelvoud zeer betrekkelijk lijkt te zijn. Bovendien miskent Duk (met zijn benadrukking van het enkelvoud) dat een werkgever inderdaad de bevoegdheid heeft om niet alle CAO-wijzigingen door te voeren, niet omdat er een enkelvoud in de wet wordt gebezigd, maar omdat het incorporatiebeding niet altijd behoeft in te houden dat elke wijziging die door de CAO-sluitende partijen ten opzichte van de vorige CAO is overeengekomen ook ‘automatisch’ (in de zin van zonder na te denken over de noodzaak van invoering in de eigen onderneming) doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst, via het incorporatiebeding. Het staat de werkgever vrij bepaalde wijzigingen door te voeren en in zoverre kan de werkgever ook zelf aan ‘cherry picking’ doen. Niet enkel de werknemer kan men derhalve het verwijt maken slechts de mooi rode kersen te eten. Mijns inziens zal de werkgever er zelfs verstandig aan doen selectief te zijn, omdat hij immers zwaarwichtige belangen moet aanvoeren, die in een eigen ondernemingsnoodzaak gelegen kunnen zijn.

Een derde argument tegen de toepasselijkheid van het bepaalde in art. 7:613 BW op incorporatiebedingen is afkomstig van Fase en Van Drongelen en luidt²⁹⁵ dat ongebonden werknemers een riantere rechtspositie hebben dan (wel) aan de CAO gebonden werknemers, nu de niet gebonden werknemers de inhoud van de CAO aan de rechter kunnen voorleggen en deze om een beslissing kunnen vragen over het juiste antwoord op de vraag of de verandering geoorloofd is vanwege zwaarwichtige redenen. Dit argument overtuigt niet²⁹⁶, omdat, zoals ook Beltzer²⁹⁷ opmerkt, de gebonden werknemer bewust gekozen heeft voor het lidmaatschap van een vakbond en daarmee zijn (individuele) onderhandelingsvrijheid weggegeven heeft. Als de gebonden werknemer het niet eens is met het resultaat van de CAO-

295 W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, CAO-recht, Deventer, Kluwer, 2004, p. 98.

296 Hoewel R. Hansma, Een geïncorporeerde CAO zomaar veranderen?, SMA 2006, p. 509 e.v. wel een mooie anekdote uit de praktijk geeft die een glimlach van herkenning (maar geen overtuiging) te voorschijn tovert.

297 R.M. Beltzer, Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt?, SMA 2006, nr.7/8, p. 308 e.v., p. 309.

onderhandelingen, kan hij zijn lidmaatschap opzeggen en zich dan niet meer gebonden weten aan een volgende CAO, indien deze door zijn (inmiddels door hem verlaten) vakbond opnieuw wordt afgesloten.²⁹⁸ In de opvatting van Fase en Van Drongelen kan ook besloten liggen dat de gebonden werknemer op die manier wel de klos wordt van verslechtingen in de CAO en de ongebonden werknemer niet. Bedacht dient evenwel te worden dat weliswaar het rechtsvermoeden dat bereikte CAO-resultaten in beginsel leiden tot de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang bij de verandering van arbeidsvoorwaarden, uit het wetsontwerp geschrapt is, maar dat de CAO-afspraken inhoudelijk in de afweging van het zwaarwichtige belang van de werkgever nog steeds kunnen – zo niet dienen²⁹⁹ – te worden meegevoerd. Daar komt bij dat de wetgever heeft opgemerkt dat CAO-afspraken zwaarder wegen dan ondernemingsovereenkomsten.

Het incorporatiebeding is een eenzijdige-wijzigingsbeding. Wanneer de werkgever een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden wil doorvoeren, zal hij een zwaarwichtig belang moeten aantonen of aannemelijk maken. Zie, voor het antwoord op de vraag wat een zwaarwichtig belang is en wat het gewicht is van de omstandigheid dat aan de voorgestelde wijziging een CAO ten grondslag ligt, hoofdstuk 1.13 en 2.1.15.

3.3 Wijziging van arbeidsvoorwaarden en overgang van onderneming

3.3.1 *Wijziging onmiddellijk na overgang*

De wens tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming is een vaak terugkerende en al lang gekoesterde wens.

298 Art. 10 WCAO bepaalt immers dat de werknemer die zijn lidmaatschap heeft opgezegd gebonden blijft aan een (dan al afgesloten en in werking zijnde) CAO. Die gebondenheid eindigt wanneer de overeenkomst na het verlies van het lidmaatschap wordt gewijzigd. Wordt de CAO niet gewijzigd dan loopt de gebondenheid door, afgezien van een overeengekomen of stilzwijgende verlenging.

299 Een ambtshalve meewegen gaat net een stap te ver. De afweging is uiteindelijk niet in de wet terecht gekomen en staat alleen in de kamerstukken vermeld. Meestal (maar niet altijd) zal de CAO (nog) niet (of niet meer) avv zijn, zodat het ambtshalve oordelen of incorporatie aan de hand van een avv CAO heeft plaatsgevonden tamelijk uitzonderlijk zal zijn.

Hierboven, bij de bespreking van het incorporatiebeding, kwam al de uitspraak aan de orde van het Hof van Justitie³⁰⁰, waarbij het verschil tussen een dynamisch incorporatiebeding en een statisch incorporatiebeding werd besproken. In een wenk bij dit arrest werd de suggestie gewekt dat wellicht ook uit genoemd arrest argumenten kunnen worden afgeleid voor het antwoord op de vraag of ongebonden werknemers de krenten uit de pap van twee botsende CAO's, te weten die van de vervreemder en die van de verkrijger, mogen kiezen.

Een vraag die niet onbeantwoord mag blijven.

Uitgangspunt vormt het arrest van het Hof van Justitie in de zaak van mevrouw Serene Martin (en enige collegae) tegen de in Londen gevestigde South Bank University.³⁰¹ In de kernoverwegingen van dit arrest valt het Hof zeer regelmatig terug op eigen (oudere) rechtspraak.

Zoals het Hof van Justitie ook in het arrest Daddy's Dance Hall³⁰² had overwogen, heeft de richtlijn 77/178 tot doel de werknemers van een overgedragen onderneming het behoud te verzekeren van hun uit een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende rechten. Omdat deze bescherming van openbare orde is en de partijen bij de arbeidsovereenkomst er dus niet vrijelijk over kunnen beschikken, zijn de bepalingen van de richtlijn in zoverre als dwingend te beschouwen dat er niet in voor de werknemer ongunstige zin van mag worden afgeweken.

Hieruit volgt dat de betrokkenen werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent en dat deze rechten niet mogen worden verminderd, ook niet met hun instemming.

De richtlijn wil, zo vervolgt het Hof van Justitie, de betrokken materie echter slechts gedeeltelijk harmoniseren. Met de richtlijn wordt niet beoogd een uniforme bescherming voor de hele gemeenschap in te voeren op basis van gemeenschappelijke criteria. Op de richtlijn kan dus slechts een beroep worden gedaan om te verzekeren dat de werknemer ten opzichte van de verkrijger dezelfde bescherming geniet als waarop hij ingevolge het recht van de betrokken lidstaat aanspraak had ten opzichte van de vervreemder. Voor zover derhalve het nationale recht toestaat om in andere gevallen dan dat van overgang van onderneming de arbeidsverhouding in een voor de

300 HvJ EG 9 mei 2006, RAR 2006, 61.

301 HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/297.

302 HvJ EG, 10 februari 1988, 324/86, Jur. p. 739 (Daddy's Dance Hall).

werknemers ongunstige zin te wijzigen, valt een dergelijke wijziging niet uit te sluiten op de enkele grond dat de onderneming inmiddels is overgedragen en de overeenkomst dus met de nieuwe ondernemer is gesloten. Waar immers de verkrijger ingevolge art. 3 lid 1 van de richtlijn treedt in de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder uit de arbeidsverhouding voortvloeiden, kan die arbeidsverhouding ten opzichte van verkrijger worden gewijzigd binnen dezelfde grenzen als ten opzichte van de vervreemder mogelijk zou zijn geweest, met dien verstande evenwel dat de overgang van onderneming nooit op zich de grond voor de wijziging kan opleveren. Derhalve kan de werknemer geen afstand doen van de rechten die hij aan de dwingende bepalingen van de richtlijn ontleent, maar de richtlijn verzet zich er niet tegen dat hij met de nieuwe ondernemer een wijziging van de arbeidsverhouding overeenkomt, voor zover het nationale recht een dergelijke wijziging toestaat in andere gevallen dan dat van overgang van onderneming. Aldus nog steeds het Hof van Justitie in het hierboven aangehaalde arrest inzake *Daddy's Dance Hall*.

Gebleken is evenwel – in de zaak van *Serene Martin versus South Bank University*³⁰³ – dat de verkrijgende werkgever eenvoudigweg de aan de werknemers aangeboden voorwaarden op één lijn heeft willen brengen met de tot dan toe voor haar overige werknemers geldende voorwaarden. In dat geval moet een wijziging in de arbeidsverhouding worden beschouwd als verband houdend met de overgang. Immers de verkrijger had aan de werknemers onmiddellijk na de overgang een arbeidsovereenkomst op haar voorwaarden voorgelegd.

Er kunnen evenwel bijzondere omstandigheden zijn en de rechter moet ten gronde nagaan wat het effect van zo'n bijzondere omstandigheid is. Het hof doelt op de omstandigheid dat arbeidsvoorwaarden uitvloeisel kunnen zijn van een collectieve (arbeids)overeenkomst. Art. 3 lid 2 van de richtlijn verplicht de verkrijger weliswaar de in een CAO vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate te handhaven als deze voorwaarden in deze overeenkomsten waren vastgesteld voor de vervreemder, maar slechts tot het tijdstip waarop de CAO wordt beëindigd of afloopt of waarop een nieuwe CAO in werking treedt of wordt toegepast, dan wel indien de betrokken lidstaten zulks heeft bepaald, voor een kortere periode, mits niet korter dan een jaar. Het hof zegt dan letterlijk in r.o. 47: 'voor het hoofdgeding betekent dit dus dat, indien op het tijdstip waarop de werkne-

303 HvJ 6 november 2003, JAR 2003/297.

mers (...) vervroegde pensionering accepteren op andere voorwaarden dan die van (...de voorheen geldende..) arbeidsvoorwaarden, de rechtsgevolgen van de collectieve overeenkomst waarop deze bepaling berust, ingevolge het nationale recht jegens hen rechtens zijn uitgewerkt, zij de rechten verliezen die zij aan die bepaling konden ontlenen.'

Opmerkelijk is dat het EG-Hof in deze laatste zin net iets andere woorden gebruikt dan in de richtlijn staan en met name dat hij de woorden 'uitgewerkt zijn' gebruikt. Uitwerken kan immers zowel zijn het moment waarop de CAO eindigt of afloopt als ook, zoals het Nederlands recht dat kent, nawerkt. Dit vraagstuk moet, zo blijkt ook uit het bovenaangehaalde arrest *Daddy's Dance Hall*, naar nationaal recht worden beoordeeld en dat veroorzaakt ook de ingewikkelde problematiek van de harmonisatie van arbeidsvoorwaarden bij aanwezigheid van een CAO.

3.3.2 *Te Riet-Rode Kruis*³⁰⁴

Die discussie spitst zich in het arrest van de Hoge Raad, toe op twee leerstukken binnen het CAO-recht. Het eerste leerstuk betreft de zogenoemde art. 14-werknemer en het tweede leerstuk betreft de nawerking van de algemeen verbindend verklaarde (AVV-verklaarde) CAO.

De werknemer in deze zaak (*Te Riet*) is op 1 maart 1979 in dienst getreden van Hoogovens als verpleegkundige in de verbandkamer. Op deze arbeidsovereenkomst was de CAO Hoogovens van toepassing, laatstelijk overeengekomen voor de periode van 1 april 1995 tot 31 maart 1997. Met ingang van 1 oktober 1995 heeft Hoogovens de verbandkamer overgedragen aan het Rode Kruis Ziekenhuis in Beverwijk. Dit ziekenhuis is als werkgever aangesloten bij de werkgeversvereniging die partij is bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen. Het ziekenhuis heeft vanaf 1 oktober 1995 op de arbeidsovereenkomst met de werknemer de CAO voor het Ziekenhuiswezen toegepast. Deze CAO is evenwel minder riant dan de CAO Hoogovens en daarom heeft de werknemer er niet mee ingestemd dat de CAO Ziekenhuiswezen op hem werd toegepast.

304 HR 10 januari 2003, JAR 2003/38.

De werknemer is niet aangesloten bij de vakbond of een van de vakbonden die partij is bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen. Wel is hij aangesloten bij de toenmalige Industriebond FNV, zo blijkt uit de stukken (de vaststelling van feiten door de rechtbank Haarlem in zijn vonnis van 14 maart 2000). Deze Industriebond was partij bij de CAO Hoogovens.

Voor het Nederlandse CAO-recht had de overgang tot gevolg dat de werknemer niet, door lidmaatschap van de bond (of een van de bonden) die de CAO voor het ziekenhuiswezen had(den) afgesloten, werd gebonden aan de CAO voor het Ziekenhuiswezen. De werknemer werd door de overgang van een deel van de onderneming voor de toepassing van de CAO voor het Ziekenhuiswezen een zogenoemde art. 14-werknemer. Dat is geen zwaar gereformeerde werknemer, maar een werknemer wiens rechtspositie voor wat betreft de werking van de CAO wordt bepaald door art. 14 van de Wet op de CAO. In dit geval was de werknemer dus wel georganiseerd (lid van een vakbond), maar niet gebonden (omdat zijn vakbond geen partij was bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen). Dit art. 14 Wet op de CAO bepaalt dat een werkgever die gebonden is aan een CAO verplicht is deze CAO ook toe te passen op de werknemers. Weliswaar is de werkgever die gebonden is aan de CAO, conform art. 14 van de Wet op de CAO, verplicht om die CAO ook op de niet gebonden werknemer toe te passen, maar daar staat tegenover dat de werknemer niet, zoals een werknemer die aan de CAO door vakbondslidmaatschap gebonden is of, preciezer, lid is van de bond (of een van de bonden) die partij is (zijn) bij de afgesloten CAO, een zelfstandig recht heeft om een rechtsvordering in te stellen terzake van naleving van die CAO door zijn werkgever (HR 7-6-1957, NJ 527, arrest *Brittania-Suk*). Een art. 14-werknemer kan dus met zijn werkgever vrijelijk onderhandelen, zo wordt algemeen aangenomen in de literatuur, en hij kan dus overeenkomen met zijn werkgever dat hij gebonden is aan de CAO, ook al is hij geen lid van een van de partijen bij de CAO.

In dit geval staat vast dat de werknemer met het ziekenhuis niet overeengekomen was dat het ziekenhuis op hem de CAO voor het Ziekenhuiswezen moest toepassen.

Het tweede leerstuk is de nawerking van de algemeen verbindend verklaarde CAO. De Hoge Raad blijft daarin terughoudend. In de literatuur wordt vaak aangevoerd dat de leer dat een algemeen verbindend verklaarde CAO (AVV CAO) geen nawerking kent, lastig is. En een belangrijk juridisch argument voor de nawerking van alge-

meen verbindend verklaarde bepalingen van CAO's is dat de wet AVV/OVV B CAO bepaalt dat wanneer bepalingen uit een CAO ge-
AVV-d zijn, deze bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst
doorwerken, op straffe van nietigheid.

De Hoge Raad redeneert evenwel consequent en in mijn ogen heel
juist. Wanneer een werkgever en werknemer op grond van art. 9 lid 1
wet CAO aan de CAO gebonden zijn, gaan de bepalingen van die
CAO over arbeidsvoorwaarden deel uitmaken van de tussen hen
bestaande arbeidsovereenkomst. Dit is geregeld in de wet op de CAO,
in het bijzonder in de art. 1, 9, 12, 13 en 14 WCAO. De gebonden-
heid aan de CAO wordt door de wet gebaseerd op de hoedanigheid
van partijen bij de CAO (onderscheidenlijk het lidmaatschap van een
vereniging die partij bij de CAO is) en op het naar de inhoud van de
CAO bij die CAO betrokken zijn. De doorwerking van CAO-bepa-
lingen die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer
aan de CAO zijn gebonden, duurt dan voort na het einde van de
periode waarvoor de CAO is aangegaan (Hoge Raad 19 juni 1987, NJ
1988,70).

De Wet AVV/OVV (algemeen verbindend verklaarde bepalingen
van CAO's) voorziet in verbindendheid van verbindend verklaarde
bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een
welomschreven beperkte periode. Zo kan op grond van art. 2 lid 2
Wet AVV/OVV CAO aan verbindendverklaring geen terugwerkende
kracht worden verlengd en gelden – behoudens een beperkte uitzon-
dering – voor de lengte van de periode van verbindendheid strikte
bepalingen. Het is met dit stelsel niet te verenigen om door middel
van extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de
betreffende algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen voor-
bij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de
periode van verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereen-
komst waarvoor de verbindendverklaring gold.

De Hoge Raad zegt het niet maar bedoelt, in mijn bewoordingen,
de aan schending van AVV-bepalingen verbonden nietigheid van een
minder hard niveau te laten zijn dan de nietigheid die in art. 12 van
de wet op de CAO is opgenomen. Ik spreek van een zacht (art. 3
AVV) en een hard nietigheidsvervolg (art. 12 WCAO). Ik ben het dus
niet eens met Beltzer die ³⁰⁵, in het kader van een bespreking van de
SMEAD-zaak³⁰⁶ en verhalend over de nietigheid van art. 3 Wet

305 JAR Verklaard van 25 februari 2005 (afl. 1/2005) op p. 13.

306 Ktr. Groningen, 6 augustus 2004, JAR 2004/198.

AVV/OVV CAO, een vergelijking trekt met de casus FNV tegen Kuypers³⁰⁷ en die zijn bijdrage eindigt met de opmerking: ‘Hier ging het overigens om art. 12 Wet CAO, maar dat bevat dezelfde absolute nietigheid als art. 3 WAVV.’ Ik waag deze conclusie (‘dezelfde absolute nietigheid’) te betwijfelen. Mijns inziens betekent een in de wet met name genoemde (absolute) nietigheid nog niet dat elke wettelijke (absolute) nietigheid gelijk is. In alle gevallen zal naar de omringende atmosfeer gekeken moeten worden. Dat blijkt ook uit de wettelijke regeling van de nietigheid bij rechtshandelingen op grond van art. 3:40 BW. Dit artikel regelt drie soorten strijdigheden die leiden tot nietigheid, maar het maakt verschil of sprake is van nietigheid wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde enerzijds, dan wel strijd met een dwingende wetsbepaling anderzijds. Bij die laatste immers speelt een rol of de bepaling uitsluitend strekt tot bescherming van een van de partijen bij een meezijdige rechtshandeling. En de uitzondering (te weten vernietigbaarheid in plaats van nietigheid) kent weer een uitzondering, die tot de oorspronkelijke situatie terugleidt (nietigheid), indien uit de strekking van de bepaling weer anders voortvloeit. De strekking (naast de inhoud) speelt hier dus een belangrijke rol. Het verschil in strekking tussen het bepaalde in art. 12 Wet CAO en art. 3 Wet AVV is groot en de strekking van beide artikelen is bekend.

In de wet van 25 mei 1937 (de Wet AVV) is er uitdrukkelijk voor gekozen om op de niet-naleving van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO dezelfde sanctie te zetten (de nietigheid van art. 3 Wet AVV) als de sanctie van de art. 12 en 13 van de wet van 24 december 1927 (de Wet op de CAO). Daar blijkt een reden voor te zijn, die als volgt wordt verwoord:

‘Het artikel stelt op overtreding van den uit de verbindendverklaring geboren rechtsplicht eene civielrechtelijke sanctie, hoewel toch – naar reeds meermalen bleek – de verbindendverklaring een publiekrechtelijk karakter draagt. Waarom? Omdat de verbindendverklarde bepalingen evenals de vrijwillig aangegane collectieve arbeidsovereenkomst de arbeidscontracten beheerschen gaan en het, als iemand de uit de verbindendverklarde bepalingen voortvloeiende verplichting niet nakomt, veel practischer en gewenschter is, aan de tegenpartij bij het arbeidscontract eene vordering tot

307 HR 27 maart 1998, NJ 1998,709 (m. n. TK) en JAR 1998/99.

nakoming dier verplichting toe te kennen dan den overtreder te straffen.³⁰⁸

Oorspronkelijk is dus kennelijk overwogen om, bij de naleving van de verplichting de arbeidsvoorwaarden aan te passen aan de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO, niet de civielrechtelijke norm van de nietigheid in te zetten, maar een strafbepaling. Tegen het stellen van een strafrechtelijke sanctie op overtreding heeft de minister (M. Slingenberg, van Sociale Zaken) twee bezwaren. De eerste heeft betrekking op de civielrechtelijke gevolgen van verbindendverklaring. De tweede wordt als volgt verwoord:

‘Bovendien zou bij het stellen eener strafsanctie de naleving der verbindend verklaarde bepalingen gecontroleerd moeten worden door de organen van Rijk en gemeente, die met de opsporing en berechting van overtredingen op het gebied de arbeidswetgeving zijn belast, zoodat zij eene aanmerkelijke uitbreiding van het daartoe bestemde ambtenarencorps zou noodzakelijk maken.’³⁰⁹

Dit lijkt een vrij ordinair bezuinigings- of, beter, besparingsargument te zijn geweest. Principiëler lijkt mij de benadering dat, of er nu wel of niet reden is controlerende ambtenaren aan te stellen voor de toepassing van een strafrechtelijke sanctie, alleen al de omstandigheid dat over straftoepassing werd gedacht aangeeft dat de algemeenverbindendverklaring materiële wetgeving is en niet ontsproten is aan een overeenkomst tussen twee partijen, waarvan de naleving ook daadwerkelijk een zaak van partijen is.

3.3.3 *Geen nawerking bij ge-avv-de bepalingen cao*

Ik blijf het dus terecht vinden dat de Hoge Raad geen nawerking toekent aan een algemeen verbindend verklaarde (bepaling van een) CAO.

De slotsom luidt voorts dat aan de uitspraak van het Hof van Justitie over het statische karakter van een incorporatiebeding geen argument valt te ontleen over het antwoord op de vraag of ongebonden werknemers krenten uit de pap van twee botsende CAO's mogen vissen. Dat wordt nog steeds niet bepaald door een uitleg van een arrest van het Hof van Justitie, maar door de door dit Hof zelf als

308 L.G. Kortenhorst en M.A.C. M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Zwolle, 1939, p. 144.

309 Zie noot 4, p. 146.

toetssteen genoemde nationale voorschriften. En de Nederlandse nationale voorschriften leiden dus niet tot nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO.

3.4 Wijziging en ontslag

De stelling zou betrokken kunnen worden dat ontslag de grootste en meest verstrekkende wijziging van de arbeidsovereenkomst is. Dat is een ongebruikelijke stelling, want de beëindiging van een (benoemde en onbenoemde) overeenkomst wordt meestal onderscheiden van wijziging of aanpassing van die overeenkomst. De beëindiging in de vorm van opzegging of ontbinding van een overeenkomst wordt in literatuur soms inwisselbaar geacht met wijziging³¹⁰, maar voor de (benoemde) arbeidsovereenkomst is er een opvallend verschil. De opzegging en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen in beginsel eenvoudiger plaatsvinden dan de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Deze omstandigheid noopt tot een korte nadere analyse van de opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast zijn er nog vier redenen. Allereerst rept art. 7:685 BW, dat de gewichtige redenen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst regelt, over wijzigingen in de omstandigheden (die billijkheidshalve spoedig of op korte termijn tot het einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden). Opmerkelijk is dat als grond voor ontbinding een of meer wijzigingen worden aangevoerd. De tweede reden is dat de maatstaf van de gewichtige redenen ook elders in het BW voorkomt, te weten in art. 7:638 lid 5 BW, als zelfstandige toetssteen bij veranderingen van afspraken over vakantie. De derde reden is dat, zoals hierboven omstandig aan de orde is gekomen in hoofdstuk 1.17.1, er een verhouding bestaat tussen de gewichtige redenen en de *imprévision*, de onvoorziene omstandigheden ingevolge art. 6:258 BW. En ten slotte, ten vierde, komt zowel de zogenoemde partiële ofwel gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor, in de vorm van ontbinding (in het BW) als het wijzigingsontslag (in het BBA). Dit ontslag wordt vaak ingegeven door factoren als vermindering van de arbeidsuren. Dat kan ook op andere wijze worden bewerkstelligd dan via de partiële ontbinding. Dit onderwerp werd uitgesponnen in hoofdstuk 3.1.

310 J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, (dissertatie) 1985, p. 47 e.v.

Daarom volgt nu hieronder een bespreking van de inhoud van de maatstaven van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door middel van opzegging na verkregen toestemming van de CWI³¹¹ en ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen, bestaande uit veranderingen in de omstandigheden die billijkheids-halve op niet al te lange termijn tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden.

3.4.1 *Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA)*

Het BBA 1945 kent, zoals Ringeling³¹² al constateert, zelf geen normen waaraan een door een werkgever voorgenomen ontslag moet worden getoetst. Evenmin is er, zo schrijft Ringeling (in 1953), op het BBA een toelichting verschenen waarin normen vermeld staan. Hij verwijst evenwel naar twee auteurs, die beiden behoren tot de naaste medewerkers van de directeur-generaal van het Rijksarbeidsbureau, te weten Ph.H.M. Werner en H.M. Van der Zanden. Zij beiden laten, op de achtergrond optredende, in geschriften hun licht op het vraagstuk van de normatiek van het BBA schijnen. De een, Werner³¹³, ziet zijn bemoeienis met het ontslag als een sociale en arbitraire functie en stelt de vraag aan de orde of de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB) bij zijn ontslagbeleid arbeidsvoorzieningspolitiek mag voeren. Mag de directeur GAB de ontslagvergunning gebruiken als een middel om arbeiders op de plaats vast te houden, waar zij uit een oogpunt van arbeidsvoorziening nodig zijn? Werner beantwoordt deze vraag in zijn algemeenheid ontken-nend, 'omdat juist bij een dergelijk streven de grenzen der vrijheid te zeer zouden vervagen.' Werner wijst op de mogelijkheden van art. 7 van het BBA 1945 te weten de aanstellingsvergunning in het kader van arbeidsvoorzieningspolitiek.

Van der Zanden³¹⁴ daarentegen is een vurig aanhanger van de leer waarbij uitgegaan wordt van het streven door de wetgever naar een

311 Eerst geheten Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB), daarna regionaal directeur voor de arbeidsvoorziening (RDA), vervolgens dus de Centrale Organisatie werk en inkomen, zoals genoemd in hoofdstuk 4 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (de CWI).

312 J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag* (een bijdrage tot de geschiedenis van het Nederlandse Ontslagrecht, 1953, Allert de Lange, Amsterdam, p. 32 e.v.

313 Ph.H.M. Werner, *De Ontslagvergunning*, *Arbeid* 1946, p. 42 e.v.

314 H.M. van der Zanden, *Ontslag en Aanstelling*, *Arbeid* 1948, (speciaal nummer) p. 28 e.v.

straffer toezicht, om het arbeidspotentieel van bedrijven die onmisbaar zijn of belangrijk zijn voor de economische opbouw van het land, op het vereiste niveau te houden.

Beiden staan dus tegenover elkaar voor wat betreft de invloed van de arbeidsmarkt (en in zover het algemene belang) op het ontslagbeleid.

Behalve op de invloed van beide voormelde heren, wijst Ringeling verder nog op de invloed van richtlijnen en met name twee circulaires, een uit 1946 en een uit 1948.³¹⁵ Maar de invloed van de beide ambtenaren noch de invloed van de circulaires geven voldoende aan wat de rechtsnorm is die in acht moest worden genomen bij het geven van toestemming ingevolge art. 6 BBA om een arbeidsverhouding te beëindigen.

Iets meer duidelijkheid schept Ringeling wanneer hij onder het kopje 'De probleemstelling van dit proefschrift' (p. 39) aanvoert dat de bij de invulling van de ontslagbeslissingen ingevolge het BBA betrokken partijen deze beslissing steeds als een juist oordeel hebben beschouwd d.w.z. als een billijkheidsoordeel. Ringeling doelt met betrokken partijen niet op de werknemer en de werkgever maar op de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau, die formeel besliste maar die materieel leunde op veel betrokkenen wier oordeel bij de beslissingen moesten worden meegewogen. Dat waren met name de deelnemers aan de zogenaamde 'vierhoeksconferentie'. Met deze vierhoeksconferentie doelt Ringeling op de vier verschillende partijen die ingevolge art. 6 lid 4 BBA bij een ontslagbeslissing betrokken waren. In dat art. 6 lid 4 BBA stond oorspronkelijk, in de oude versie van 1945, dat de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau, voordat hij een beslissing nam tot beëindiging van een arbeidsverhouding, in overleg moest treden met de Dienst van de Arbeidsinspectie, die (op zijn beurt) vertegenwoordigers van de organisaties van werkgevers en werknemers diende te horen. Deze regeling, zo stelt Ringeling, 'is slechts begrijpelijk wanneer men zich realiseert dat in de eerste periode na de bevrijding in breder kring een krachtig verzet tegen de Gewestelijke Arbeidsbureaus bestond, gedachtig aan hun gehate taak uit de latere bezettingsjaren, terwijl men daarentegen aan de werkwijze van de Arbeidsinspectie uit vroeger jaren aanmerkelijk betere herinneringen bewaarde.'

315 J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag* (een bijdrage tot de geschiedenis van het Nederlandse Ontslagrecht, 1953, Allert de Lange, Amsterdam, p. 34, noot 34.

Juist door de betrokkenheid van zoveel mensen uit zoveel instanties, die in gezamenlijkheid naar een billijk oordeel streefden, kon zich een soort redelijkheidstoets ontwikkelen. Ringeling wijst verder ook nog op de invloed van een in de jaren twintig in Duitsland aangenomen *Betriebverfassungsgesetz* waarin ook al een billijkheidsoordeel voorkwam. De circulaire d.d. 21 januari 1946 vermeldt³¹⁶ dat de directeur in het algemeen zijn toestemming tot beëindiging van de arbeidsverhouding dient te geven, op verzoek van de werkgever, indien (1) de personeelssterkte te groot is, in verband met de in de toekomst de verwachte bedrijvigheid, en invoering van een wachtgeldregeling tot tijdelijke overbrugging van de moeilijkheden niet mogelijk of niet gewenst is, dan wel (2) de betrokken arbeider duidelijk minder geschikt is voor de hem opgedragen werkzaamheden en wanneer vaststaat dat geen andere plaats in hetzelfde bedrijf voor hem openstaat, terwijl een betere kracht beschikbaar is en vervolgens (3) de verhouding tussen de werkgever en de werknemer dusdanig geschokt is dat bestendinging hiervan ernstige afbreuk zou doen aan de normale gang van zaken.

Eigenlijk is het BBA van de aanvang af in die zin normloos en principeloos dat de arbeidsmarktpolitiek wel als een belangrijke richtsnoer naar voren wordt gebracht, maar dat een duidelijke algemene richtsnoer ontbreekt bij de beoordeling van de noodzaak van een toestemming voor beëindiging van de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer. Een omschrijving van de door de directeur van het GAB te nemen beslissing in termen van redelijk of rechtvaardig of billijk komt niet in de eerste versies van het BBA of zijn toelichting voor. Des te opmerkelijker is dan dat (een toelichting op) het BBA van aanvang af al wel de ontslaggronden opsomt die thans nog steeds de bekende driedeling in het Ontslagbesluit vormen.

3.4.2 *Ontbinding wegens gewichtige redenen*

Hoe moet de norm van de gewichtige redenen, bestaande uit veranderingen in de omstandigheden die billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd tot een einde van de arbeidsovereenkomst moeten leiden (art. 1639w BW oud, thans art. 7:685 BW) worden geduid?

316 J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag* (een bijdrage tot de geschiedenis van het Nederlandse Ontslagrecht, 1953, Allert de Lange, Amsterdam, p. 35.

Levenbach vermeldt in zijn boek 'Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht'³¹⁷ dat de gewichtige redenen die tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst konden leiden, in het verleden slechts zelden in foro hebben gespeeld. De belangrijkste oorzaak daarvan was volgens Levenbach 'uiteraard' dat de procedure volgens art. 1639w BW noodzakelijkerwijs enige tijd vereiste en dat de meeste dienstbetrekkingen al binnen die tijd op regelmatige wijze tot een einde gebracht konden worden, buiten de rechter om. Maar ook indien dit niet het geval was, zoals bij dienstbetrekkingen met zeer lange opzegtermijnen of bij dienstbetrekkingen voor bepaalde tijd waarbij het van rechtswege eindigen nog geruime tijd in de toekomst lag, werd de weg van art. 1639w betrekkelijk zelden ingeslagen. Ik citeer Levenbach: 'Moge daarbij afkeer van de gang naar het gerecht een zekere rol hebben gespeeld, ongetwijfeld is ook van invloed geweest dat de vereisten voor toepassing van art. 1639w nogal streng en beperkt geformuleerd waren en dat bovendien ook de rechters geringe neiging vertoonden om van de hun hier gegeven bevoegdheid tot ontbinding gebruik te maken.' Dit laatste was en is, zo vervolgt Levenbach, op zichzelf een juist beleid en overeenkomstig de bedoeling van de werkgever. 'Het pacta servanda is ook bij de arbeidsovereenkomst een fundamenteel beginsel. Ook deze contractsband moet een zekere spanning bij verandering in de omstandigheden verdragen. Een ontslag van contractsverplichtingen wegens overspanning van de band dient ook bij het arbeidscontract een zeer bijzondere grond te hebben, (en) dient inderdaad slechts wegens gewichtige redenen te kunnen plaatsvinden.' Aldus Levenbach.

In het Oorspronkelijke Ontwerp werd in plaats van (het thans nog steeds in de wet staande) 'veranderingen' (in de omstandigheden) gerept van 'belangrijke veranderingen'. Omdat het woord 'belangrijke' in de oude (sinds 1907 geldende) tekst niet voorkwam, is in een amendement (van Van Rijckevorsel) voorgesteld dit woord weer te laten vervallen, omdat het de schijn zou kunnen wekken dat de eisen in vergelijking tot die van de oude wet verzwaaard werden, terwijl juist verruiming en niet beperking van de toepassingsmogelijkheden de bedoeling van de nieuwe wetgeving was. De betekenis van deze verruiming is, zo meldt wederom Levenbach³¹⁸, 'natuurlijk gezinszins

317 M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Samsom Alphen aan den Rijn, 1954, p. 81 en 82.

318 M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Samsom Alphen aan den Rijn, 1954, p. 83.

dat de rechter nu wegens ieder later optredend wissewasje de dienstbetrekking zou kunnen ontbinden'. De rechter heeft wel iets grotere vrijheid gekregen dan hij onder de oude wet bezat. De veranderingen moeten een zodanig gewicht hebben dat de billijkheid eist dat de dienstbetrekking dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen en dat het dus onbillijk zou zijn van de wederpartij te eisen dat hij het regelmatige einde afwacht. De bedoeling is niet geworden dat ieder die graag tussentijds van een dienstbetrekking af wil, daarin door een verzoek volgens art. 1639w zou slagen. Het rechterlijk ontbindingsrecht blijft uitsluitend bedoeld voor die gevallen waarin (zoals reeds de memorie van toelichting op het ontwerp-Drucker het uitdrukte³¹⁹) 'in de regel de wederpartij zich niet zal vastklampen aan de overeenkomst maar veeleer tot minnelijke ontbinding bereid zal zijn.' Naar een kernachtige uitdrukking van Mannoury³²⁰ is dit ontbindingsrecht een bescherming tegen 'kennelijk onredelijk niet-ontslag'. Het artikel staat de rechter toe om op verzoek van een partij voortijdig een einde aan de dienstbetrekking te maken in die gevallen waarin het kennelijk onredelijk is van de wederpartij om niet toe te stemmen in een afwijking van de normale regels voor beëindiging.³²¹

319 A.E. Bles IV, De wet op de arbeidsovereenkomst. Geschiedenis van den wet van den 13den juli 1907, Stb. 193 (4 delen 1907-1909) p. 257.

320 J. Mannoury, Sociale Zekerheidsgids, mei 1954, p. 321.

321 M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Samsom Alphen aan den Rijn, 1954, in noot 28, heeft ter verduidelijking van de verschillende beëindiginggronden in het arbeidsrecht een rubricerende samenvatting gegeven. Hij noemt allereerst (1) de gronden van zodanige ernst dat aan een partij in het concrete geval redelijkerwijze het recht moeten worden toegekend terstond tussentijds aan de dienstbetrekking een einde te maken. Deze gronden noemt de wet dringende redenen. Zij geven een partij de bevoegdheid inderdaad eigenmachtig op stel en sprong te verbreken doch hij kan ook ontbinding volgens art. 1639w vragen.

Als tweede grond (2) noemt Levenbach de gronden die niet zodanig ernstig zijn dat zij een doen eindigen op stel en sprong rechtvaardigen, maar van voldoende gewicht zijn om het billijk te doen zijn dat in het concrete geval niet de volle tijd in acht genomen hoeft te worden welke voor het tot een einde komen volgens de normale regels zou moeten worden afgewacht. Deze gronden noemt de wet gewichtige redenen. Zij geven een partij niet de bevoegdheid tot eigenmachtige verbreking, doch wel kan de rechter op haar verzoek de dienstbetrekking voortijdig ontbinden.

Daarna noemt Levenbach als derde grond (3) die gronden die in de wet geen speciale naam hebben gekregen, maar die alle maatschappelijk niet te laken motieven tot beëindiging omvatten. Beëindiging met inachtneming van de regels vormen bij deze derde categorie *geen onrecht*. De directeur GAB dient voor deze gevallen zijn toestemming ex art. 6 BBA te geven. →

3.4.3 *Verschillen duidelijk?*

Het verschil tussen de maatstaf van de redelijkheid bij opzegging van de arbeidsovereenkomst, van de gewichtige redenen bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst en het zwaarwichtig belang bij wijziging van de arbeidsovereenkomst is moeilijk te duiden, zoals ook moeilijk te achterhalen is waarop de keuze van de wetgever heeft berust om bij gewichtige redenen nu eens te kiezen voor opzegging dan weer voor ontbinding en dan weer voor aanpassing of wijziging.³²² Een tamelijk onbevredigend en tegelijkertijd ook uitnodigend eind?

Ten slotte (als vierde categorie) (4) zijn er de gronden die in concreto de beëindiging maatschappelijk ernstig laakbaar doen zijn, zelfs al worden daarbij alle regels in acht genomen. Deze beëindiging kan als kennelijk onredelijk worden beschouwd.

322 Zie voor dat laatste A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW, A10, Kluwer, Deventer, 2002, p. 53.

Register van voorkomende begrippen

Aanpassing arbeidsduur (wet en wetsontwerp)	2.2.1 (1.8)
Aanpassing arbeidsduur en goed-werkgeverschap	1.18.2
Afbouwregeling (zie ook uitstervingsregeling)	2.13
Anciënniteit	2.12
Arbeidsinspectie	1.3.2
Arbeidsongeschiktheid en goed-werknemerschap	1.16.1.2
Arbeidsongeschiktheid en goed-werkgeverschap	1.17.1
Arbeidsvoorwaarde	
- arbeidsvoorwaarde bedrijfsgebonden	1.16.4
- arbeidsvoorwaarde of faciliteit	1.19.3 en 2.5.6
- arbeidsvoorwaarde (primaire)	1.19 en 1.15
- arbeidsvoorwaarde en werktijden (zie werktijden)	
- arbeidsvoorwaarde en omstandigheden op het werk	1.16., 1.17
- arbeidsvoorwaarde (tertiair)	1.16 en 2.5.10
Audi A3	2.5.8
Autokosten	1.4.3
BBA	1.3.1
Bedrijfsauto (zie ook lease-auto)	2.5.4. en 2.5.8
Bedrijfsmobieltje	2.9
Berijdersovereenkomst	2.5.2
Betriebsvereinbarung	1.14
Betriebsverfassungsgesetz	1.4 en 1.14
Bewijslast (onaanvaardbaarheid art. 6:248 lid 2 BW)	2.9
Boetebeding en schriftelijkheid	1.6.3
Bonus	1.13.1 en 2.1.3
CAO	
- algemeen verbindend verklaard en nawerking	3.3
- melding o.g.v. Wet op de Loonvorming	1.13
- derdenbeding	1.13
Carpool	2.5.2
Cherrypicking (zie ook packagedeal)	3.2
Citroën (Xsara)	2.5.9
Concurrentiebeding (en schriftelijkheid)	1.6.3

Derdenbeding en CAO	1.13 en 1.16
Detacheringsvakantierechten (zie ticketregeling)	2.6
Directeur Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB)	1.3.1
Disfunctioneren (zie goed-werknemerschap)	
Dwaling en eenzijdige-wijzigingsbeding	1.18
Dwaling en wijziging arbeidsvoorwaarde	1.18
Eenzijdige-wijzigingsbeding	
- in de arbeidsovereenkomst zelf	1.6.2
- schriftelijkheidsvereiste	1.6.1. en 1.6.2
- en concurrentiebeding	1.6.3
- en proeftijdbeding	1.6.3
- en boetebeding	1.6.3
Employability	1.16.2
Faciliteit en arbeidsvoorwaarde	1.6.3, 1.16.4, 2.5.6
Flexibiliteit en zekerheid	1.6.3
Foaienpot	2.1.5.
Functie en goed-werknemerschap	1.17
Functioneren en goed-werknemerschap	1.17
Gewenningsperiode	2.14
Goed werkgeverschap	1.7 ; 1.17; 1.18
Goed-werknemerschap en disfunctioneren	1.16, 1.2
Goed-werknemerschap en kennelijk onredelijk ontslag	1.15.3, 1.18
Goed-werknemerschap en overgang van onderneming	1.16.4
Grijs kenteken	2.5.9
Groepsvervoer	2.5.6
Harmonisatie	2.15; 3.3
Imprévision (onvoorzienbare omstandigheden)	
- Frans Maas I, II en III	1.11
- en art. 7:611 BW	1.14.2
- en nieuwe wetgeving	2.8
Incorporatiebeding	3.2
Karwei-regeling	2.1.6
Kennelijk onredelijke opzegging	1.15.3
Kersen plukken (zie cherry picking)	
Kerstgeschenk	1.16.3

Kinderopvang	2.4
Kledingvoorschriften	1.16.1.1
Lease-auto	2.5.5, 2.5.7, 2.5.9
- en medische indicatie	2.5.9
Loon	
- en reistijdenvergoeding	2.1.9
- en verkapt loon	2.1.14
- en fooien	2.1.5
- en provisie	2.1.4
- en winst	2.1.7
- en omzet	2.1.2
- en bankzitten	2.1.8
Loonsverlaging en disfunctioneren	1.16.1.2, 1.18.1
Loonsverlaging en goed-werkgeverschap	1.17.1
Loonsverlaging en goed-werknemerschap	1.16.1.2
Misbruik van omstandigheden en arbeidsvoorwaarde	1.18
Mobiele telefoon	2.9
Omstandigheden op het werk (Taxi Hofman)	1.16, 1.18
Omzet (en loon) (zie ook loon)	2.1.2
Ondernemingsovereenkomst	1.13
Ondernemingsraad	1.13, 1.15, 1.16
Onkostenregeling	2.6 en 2.2.14.1
Ontbindende voorwaarde en wijziging arbeidsvoorwaarde	1.18
Ontbinding van de arbeidsovereenkomst	1.3.2
Ontslag op staande voet en WAA	1.16.2
Onvoorzienbare omstandigheden (zie imprévision)	
Ordevoorschriften en arbeidsvoorwaarde	1.16.2
Overgang van onderneming	1.2.1 en 3.3
Overgang van onderneming en goed-werknemerschap	1.16.4
Packagedeal (zie cherry picking)	3.2
Partiele ontbinding	3.1.
Pensioen	2.3
Ploegendienst	2.2.2
Poolauto (zie carpool)	2.5.2
Primaire arbeidsvoorwaarde(n)	1.15 en 1.19
Proeftijdbeding en schriftelijkheid	1.6.3
Proportionaliteit en subsidiariteit	3.1
Provisie (zie ook loon)	2.1.4

Reïntegratie	1.17.1
Reistijdenvergoeding	2.1.9
Reiskostenvergoeding	1.4.2
Saldering en zorgverzekering	2.8
Schriftelijkheidsvereiste eenzijdig wijzigingsbeding	1.6.1
Secundaire arbeidsvoorwaarde (zie arbeidsvoorwaarde)	
Sociaal plan en goed-werknemerschap	1.17.1
Solidariteit	2.9
Stelplicht (en bewijslast onaanvaardbaarheid 6:248 BW)	2.9
Studie-overeenkomst en ordevoorschrift	1.16.2
Subsidiariteit (bij imprévision)	1.17.3
Subsidiariteit en proportionaliteit	3.1
Telefoonkostenregeling	2.1.14.2, 2.1.15
Tertiaire arbeidsvoorwaarden (zie arbeidsvoorwaarde)	1.16, 1.4, 2.5.10
Ticketregeling (zie vliegticketregeling)	2.6
Tronc (zie fooienpot)	2.1.5
Uitstervingsregeling (zie ook afbouw- en gewenningsregeling)	2.14
Vierhoeksconferentie	1.3.1
Verkapt loon	2.1.14
Verlaging loon en disfunctioneren	1.16.1.2
Verlaging loon en wilsgebrek	1.18
Vliegticketregeling	2.6
Voetbalkaartjes	1.16.3
Werktijden en arbeidsvoorwaarde	2.2
Wetgeving en zwaarwichtig belang	2.7
Wettelijke verhoging (ex art. 7:625 BW)	2.5.3
Wilsgebrek en eenzijdige-wijzigingsbeding	1.18
Wilsgebrek en eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarde	1.18
Winstuitkering	2.1.7
Ziekenfonds; zie ziektekostenregeling	2.7
Ziekte (zie reïntegratie en zie arbeidsongeschiktheid)	
Ziektekostenregeling	2.7
Zorgverzekeringswet	2.7
Zorgverzekering en saldering	2.8
Zwaarwegend belang vs. zwaarwichtig belang)	1.9 en 2.2

Zwaarwichtig belang

- en harmonisatie 2.15 en 2.14.2
- en gelijk loon voor gelijke arbeid 2.15
- en wetgeving 1.1

Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4

- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1
- 19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.
ISBN 90 6092 772 9

- 20 Prof. dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.
ISBN 90 6092 782 6
- 21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrip en sanctie samenloop in de sociale zekerheid.
ISBN 90 6092 826 1
- 22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk.
ISBN 90 6092 843 1
- 23 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.
ISBN 90 6092 876 8
- 24 Mrs. R.A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.
ISBN 90 312 1416 2
- 25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Tewerkstelling over de grenzen.
ISBN 90 312 1462 0
- 26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mevr. mr. J.J.M. Lamers, Medezeggenschap op Europees niveau.
ISBN 90 312 1614 3
- 27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland.
ISBN 90 312 1763 8
- 28 Mr. E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 532 9
- 29 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 577 9

- 30 Mr. B. Barentsen, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. J. Heinsius (red.),
Arbeidsrecht in internationaal perspectief.
ISBN 90 2683 820 4
- 31 Mr. C.G. Scholtens (red.), Ontslagrecht volgens ADO.
ISBN 90 2683 867 0
- 32 Dr. A.G. Nagelkerke, Dr. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Arbeidsver-
houdingen in ontwikkeling.
ISBN 90 Y00 1586 5
- 33 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een
nieuw spoor?
ISBN 90 130 1659 6
- 34 Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp (red.)
Voor De Laat: de Hoge Raad.
ISBN 90 130 2813 6
- 35 Mr. R. Hansma (red.)
De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud
Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ont-
slag!
ISBN 90 13 03273 7

VvA

Vereniging voor Arbeidsrecht

Secretariaat VvA
Postbus 85191, 3508 AD Utrecht
telefax 030 2809591

ISBN 978-90-13-05430-9
NUR 825-503



9 789013 054309 >

Uitgeverij Kluwer, Deventer