



FASHION

ahead with
smart logistics

Eenzijdige wijziging van arbeidstijden

Isabel Koenders- 2075527

CB Fashion, P.W.H.J. van der Vorst (HR Manager)

Juridische Hogeschool Avans Fontys, Frank Klaassen -
Caro van der Voort

Helmond, januari 2018

Eenzijdige wijziging van arbeidstijden

Auteur: Isabel Koenders- 2075527
Functie auteur: onderzoeker, adviseur
Afstudeerorganisatie: CB Fashion
Afstudeermentor: P.W.H.J. van der Vorst (HR Manager)
Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Afstudeerdocenten: Frank Klaassen - Caro van der Voort
Helmond, januari 2018

Voorwoord

Voor u ligt mijn onderzoeksrapport over het eenzijdig wijziging van arbeidstijden. Dit onderzoeksrapport heb ik gemaakt als afstudeeropdracht voor mijn opleiding aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. De opdrachtgever voor dit onderzoek is CB Fashion BV. Hier heb ik in de periode van 4 september tot 8 december 2017 met veel plezier stagegelopen.

Graag wil ik een aantal mensen bedanken voor de medewerking aan dit onderzoek.

Allereerst gaat mijn dank uit naar Mark Franssen, directeur van CB Fashion, die mij de mogelijkheid heeft geboden een afstudeeropdracht binnen dit bedrijf te verrichten. Speciale dank gaat uit naar mijn stagementor de heer Pieter van der Vorst die mij gedurende mijn stage heeft begeleid in mijn onderzoek.

Dank gaat ook uit naar mijn eerste stagedocent vanuit de Juridische Hogeschool, de heer Frank Klaassen. Hij heeft mij gedurende mijn onderzoek de nodige feedback gegeven op mijn onderzoeksplan en het door mij ingezonden concepthoofdstuk. Deze feedback heeft bijgedragen aan het tot stand komen van mijn onderzoek.

Ik wens u veel leesplezier.

Isabel Koenders

Helmond, 9 januari 2018

Samenvatting

Door de komst en groei van NA-KD, een van de grootste klanten van CB Fashion, ontstaat er op specifieke momenten een teveel aan werk. CB Fashion heeft organisatorisch en financieel gezien behoefte aan een ruimere werkweek. CB Fashion wil daarom de arbeidstijden van zijn werknemers wijzigen en de werkweek verruimen met de zaterdag en de zondag.

Het doel van dit onderzoek is om voor 8 januari 2018 een onderzoeksrapport op te leveren, waarin staat beschreven op welke wijze en onder welke voorwaarden het bedrijf kan overgaan tot het (eenzijdig) wijzigen van de arbeidstijden, zodat het de arbeidstijden kan wijzigen met inachtneming van de wettelijke regelgeving en de geldende jurisprudentie. Hiervoor is de volgende onderzoeksvraag opgesteld: Onder welke voorwaarden kan CB Fashion de arbeidstijden van zijn werknemers eenzijdig wijzigen, gelet op de wet, de jurisprudentie en de contracten met de werknemers?

Om een antwoord te kunnen geven op de onderzoeksvraag, is dit rapport onderverdeeld in een viertal deelvragen. De eerste deelvraag heeft betrekking op het onderscheid tussen het instructierecht van de werkgever en de arbeidsvoorwaarden. De tweede deelvraag gaat in op de grondslagen die de wet kent voor het wijzigen van arbeidstijden, indien deze onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden. De derde deelvraag gaat in op de Arbeidstijdenwet en de rol van de ondernemingsraad bij het wijzigen van arbeidstijden. De laatste deelvraag luidt: Hoe kan CB Fashion de arbeidstijden wijzigen, gelet op de gewijzigde omstandigheden en de arbeidscontracten met zijn werknemers?

Om een antwoord te krijgen op deze deelvragen is er een inhoudsanalyse gemaakt van een aantal handboeken en tijdschriftartikelen over het wijzigen van arbeidstijden en arbeidsvoorwaarden. Ook is er een interview gehouden met de directeur Logistiek en een procescoördinator van CB Fashion. Daarnaast is er een inhoudsanalyse gemaakt van de arbeidscontracten van de werknemers van CB Fashion.

Uit dit onderzoek is duidelijk geworden dat arbeidstijden in beginsel onder het instructierecht van de werkgever vallen. In sommige gevallen maken de arbeidstijden onderdeel uit van de arbeidsvoorwaarden. Wanneer de arbeidstijden onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden, heeft de werkgever de mogelijkheid de arbeidstijden te wijzigen middels een van de wettelijke wijzigingsgronden. Uit het onderzoek blijkt dat de wijzigingsgronden uit artikel 7:613 BW en 7:611 BW in het geval van een arbeidstijdenwijziging het meest geschikt lijken. Ongeacht de wijze waarop CB Fashion de arbeidstijden wijzigt, is hij gebonden aan de regels uit de Arbeidstijdenwet. Ook de ondernemingsraad speelt een rol bij het wijzigen van arbeidstijden.

Uit de analyse van de arbeidscontracten blijkt dat de arbeidstijden voor een groot deel van de werknemers van CB Fashion vallen onder het instructierecht van de werkgever. Voor een kleinere groep werknemers zijn de arbeidstijden aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden.

Met inachtneming van de Arbeidstijdenwet, de rol van de ondernemingsraad en, indien de arbeidstijden onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden, de specifieke voorwaarden uit artikel 7:613 BW en 7:611 BW, kan CB Fashion de arbeidstijden van zijn werknemers eenzijdig wijzigen.

Inhoudsopgave

SAMENVATTING	2
LIJST VAN AFKORTINGEN	5
1. INLEIDING	6
1.1 PROBLEEMBESCHRIJVING	6
1.2 HET JURIDISCH KADER	7
1.3 DOELSTELLING	7
1.4 CENTRALE VRAAG	7
1.4 DEELVRAGEN	8
1.5 WERKWIJZE (METHODEN)	8
1.6 VERANTWOORDING	8
1.7 LEESWIJZER	9
2. ARBEIDSTIJDEN, HET INSTRUCTIERECHT VERSUS DE ARBEIDSVOORWAARDE	10
2.1 ARBEIDSTIJDEN, ONDERDEEL VAN HET INSTRUCTIERECHT VAN DE WERKGEVER?	10
2.2.1 ARBEIDSTIJDEN, ONDERDEEL VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN?	11
2.2.2 WAT WORDT VERSTAAN ONDER HET BEGRIP 'ARBEIDSVOORWAARDEN'?	12
2.2.3 WELKE SOORTEN ARBEIDSVOORWAARDEN BESTAAN?	12
2.3 WAT IS HET BELANG VAN HET ONDERSCHIED TUSSEN BEIDEN?	13
3. HET WIJZIGEN VAN ARBEIDSTIJDEN ALS ARBEIDSVOORWAARDE	14
3.1 WIJZIGING VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN MET WEDERZIJDIG GOEDVINDEN	15
3.2 WIJZIGEN VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN OP GROND VAN ARTIKEL 7:613 BW	16
3.3 WIJZIGEN VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN OP GROND VAN ART. 7:611 BW	18
3.4 WIJZIGEN VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN OP GROND VAN ARTIKEL 6:248 BW	21
3.5 WIJZIGEN VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN OP GROND VAN ARTIKEL 6:258 BW	22
3.6 WELKE WIJZIGINGSGRONDEN ZIJN HET MEEST GESCHIKT?	23
4. DE ARBEIDSTIJDENWET & DE ROL VAN DE OR	24
4.1.1 ARTIKEL 4:1 & 4:1A ARBEIDSTIJDENWET	24
4.1.2 ARTIKEL 4:2 ARBEIDSTIJDENWET	24
4.2 DE ARBEIDSTIJDENWET OVER WERKEN OP ZATERDAG EN ZONDAG	25
4.3.1 DE ROL VAN DE ONDERNEMINGSRAAD: ARTIKEL 27 WOR	26
4.3.2 DE ONDERNEMINGSRAAD EN DE REDELIJKHEIDSTOETS	27
4.3.3 WAT ALS EEN ONDERNEMINGSRAAD ONTBREEKT?	27
5. HET WIJZIGEN VAN ARBEIDSTIJDEN IN DE PRAKTIJK	30
5.1 DE GEWIJZIGDE OMSTANDIGHEDEN BIJ CB FASHION	30
5.2 DE ARBEIDSCONTRACTEN VAN CB FASHION	31
5.2.1 DE VERSCHILLENDE CONTRACTEN	31
5.2.2 WAT BEPALEN DE CONTRACTEN OVER DE ARBEIDSTIJDEN?	31
5.3 HET AANTAL DIENSTJAREN VAN DE WERKNEMERS	32
5.4 ARBEIDSTIJDEN, ONDERDEEL VAN HET INSTRUCTIERECHT OF VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN?	33

5.4.1 DE OVEREENGEKOMEN BEPALINGEN	33
5.4.2 ARBEIDSTIJDEN ALS VERWORVEN RECHT	34
5.5 DE TE VOLGEN WIJZIGINGSROUTE VOOR CB FASHION	38
5.5.1 HET WIJZIGEN VAN ARBEIDSTIJDEN MIDDELS HET INSTRUCTIERECHT	38
5.5.2 HET WIJZIGEN VAN ARBEIDSTIJDEN MIDDELS HET EENZIJDIG WIJZIGINGSBEDING	38
5.5.3 HET WIJZIGEN VAN ARBEIDSTIJDEN MIDDELS DE BEPALING VAN GOED WERKNEMERSCHAP	39
6. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	40
6.1 CONCLUSIES	40
6.2 AANBEVELINGEN	44
BRONNENLIJST	45
BIJLAGE 1	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.
BIJLAGE 2	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.
BIJLAGE 3	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.
BIJLAGE 4	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

Lijst van afkortingen

Art.	Artikel
ATW	Arbeidstijdenwet
BW	Burgerlijk Wetboek
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
CB	Centraal Boekhuis
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Ktr.	Kantonrechter
M ²	Vierkante meter
MvT	Memorie van toelichting
Or	Ondernemingsraad
P.	pagina
SER	Sociaal-Economische Raad
Vzr.	Voorzieningenrechter
WOR	Wet op de ondernemingsraden

1. Inleiding

1.1 Probleembeschrijving

CB Fashion is een organisatie die als partner van de modesector de logistieke activiteiten van zijn klanten uit handen neemt. CB Fashion opereert zowel op nationaal als internationaal niveau. Het heeft meerdere magazijnen in Helmond en Alphen aan Den Rijn. De magazijnen van CB Fashion hebben een gezamenlijke capaciteit van wel 100.000 m² voor de opslag van hangende en liggende kleding, schoenen, accessoires en lifestyleproducten.

CB Fashion is een brede organisatie met verschillende expertises op logistiek gebied. Een van die expertises is E-fulfilment, waarbij het complete logistieke proces vanaf de binnenkomst van de order tot aan levering aan de consument en eventuele retourverwerking worden verzorgd voor de klant met webshop. CB Fashion verricht dit proces voor grote merken als Van Gils, Suitsupply en NA-KD.

Van maandag tot en met vrijdag tracht CB Fashion het logistieke proces vanuit zijn magazijnen in goede banen te laten verlopen. Mede voor de klant NA-KD, die is gevestigd in een van de magazijnen in Helmond. Dit is een van de grootse en significantste klanten van CB Fashion en heeft gedurende het jaar 2017 een sterke groei doorgemaakt. Om de verwerking van alle orders en retours aan te kunnen, is het regelmatig nodig om werknemers over te laten werken. Hierbij kan gedacht worden aan tijden van uitverkoop, waarin CB Fashion hoge pieken ervaart, aanvankelijk in de orders, maar later ook in de verwerking van retours. Het laten overwerken van deze werknemers tijdens de weekenden brengt voor CB Fashion extra kosten met zich mee. Medewerkers van CB Fashion krijgen in dit geval extra uitbetaald. Voor zaterdag geldt een uurloon van 150% en voor zondag een uurloon van 200%.

Bovendien is de werkdruk op maandag aanzienlijk hoger, doordat gedurende de weekenden in beginsel niet gewerkt wordt. De bestellingen van consumenten blijven tijdens het weekend binnenkomen. Daardoor ontstaat op maandag een overvloed aan te verwerken orders. De klant NA-KD verwacht bovendien een sterke groei in het eerste half jaar van 2018, waardoor het probleem steeds groter dreigt te worden. Om aan de wensen van de NA-KD te kunnen voldoen en dit bedrijf als klant te behouden, zal CB Fashion zijn personeel flexibeler moeten inroosteren.

De vijfdaagse werkweek, van maandag tot en met vrijdag, sluit daarom niet langer aan bij de groei van CB Fashion, NA-KD en het toenemende aantal orders. Gezien deze situatie is het wenselijk dat CB Fashion de werkweek kan verruimen met de zaterdag en zondag, om zo een constante workflow te creëren met niet te veel extreme pieken en dalen. Naast deze bedrijfsorganisatorische noodzaak speelt het financiële aspect ook een rol. Het wijzigen van de arbeidstijden zorgt ervoor dat de werkdagen zaterdag en zondag niet langer standaard als overwerk worden aangemerkt, waardoor kosten kunnen worden bespaard. CB Fashion wil graag een werkweek van zeven dagen invoeren, waarbij, verdeeld over deze dagen, veertig uur (indien fulltime) gewerkt zal worden. Het bedrijf weet echter niet welke juridische en juridisch-praktische problemen zich voor kunnen doen bij het wijzigen van de arbeidstijden. CB Fashion heeft behoefte aan een onderzoek naar de mogelijke manieren waarop het de arbeidstijden van zijn werknemers kan wijzigen, gelet op het arbeidscontract, de wet en de geldende jurisprudentie.

1.2 Het juridisch kader

Dit rapport is geschreven voor CB Fashion, de werkgever. De aanbevelingen hebben dan ook betrekking op de mogelijke manieren om de arbeidstijden te wijzigen voor de werkgever, met de bijbehorende regels en gevolgen.

Indien de werkgever de arbeidstijden van de werknemers wil wijzigen, kan hij dit op verschillende manieren doen. Daarbij is het onderscheid tussen het instructierecht van de werkgever en het begrip ‘arbeidsvoorwaarde’ van groot belang voor de wijze waarop de werkgever de arbeidstijden kan wijzigen. Dit rapport gaat in op het onderscheid tussen het instructierecht en de arbeidsvoorwaarde, welke wijzigingsmogelijkheden de werkgever in beide gevallen heeft en welke voorwaarden daarvoor gelden.

Naast de wijzigingsmogelijkheden die te vinden zijn in het Burgerlijk Wetboek, is ook de Arbeidstijdenwet van toepassing en speelt de ondernemingsraad een rol bij het wijzigen van arbeidstijden. Dit rapport gaat, ondanks het feit dat de gehele Arbeidstijdenwet van toepassing is, slechts in op een aantal artikelen dat een algemene verplichting voor de werkgever inhoudt en regels stelt voor arbeid op zondag. Het overige gedeelte van de Arbeidstijdenwet wordt buiten beschouwing gelaten, omdat dit slechts relevant is voor de invulling en uitvoering van het arbeidstijdenbeleid.

Artikel 27 van de wet van de ondernemingsraden wordt in dit rapport behandeld. Op grond van dit artikel heeft de ondernemingsraad instemmingsrecht voor elk door de werkgever voorgenomen besluit tot wijziging van een arbeids- en rusttijdenbeleid. De overige artikelen uit deze wet blijven buiten beschouwing, omdat deze niet relevant zijn voor het beantwoorden van de centrale vraag van het onderzoek.

In het praktijkgedeelte van dit onderzoek is een inventarisatie van de arbeidscontracten bij CB Fashion gemaakt. Op basis daarvan komt een drietal wijzigingsmanieren aan bod, op grond waarvan CB Fashion de betreffende arbeidstijden per geval kan wijzigen. De overige wijzigingsmanieren uit dit rapport blijven in dit hoofdstuk buiten beschouwing, omdat deze in het geval van de voorgenomen arbeidstijdenwijziging minder relevant zijn.

1.3 Doelstelling

Voor 8 januari 2018 wordt aan CB Fashion een onderzoeksrapport opgeleverd, waarin staat beschreven op welke wijze en onder welke voorwaarden het bedrijf kan overgaan tot het eenzijdig wijzigen van de arbeidstijden, zodat CB Fashion de arbeidstijden kan wijzigen met inachtneming van de wettelijke regelgeving en de geldende jurisprudentie.

1.4 Centrale vraag

Onder welke voorwaarden kan CB Fashion de arbeidstijden van zijn werknemers eenzijdig wijzigen, gelet op de wet, de jurisprudentie en de contracten met de werknemers?

1.4 Deelvragen

1. Wat is het verschil tussen het instructierecht van de werkgever en de arbeidsvoorwaarden?
2. Welke grondslagen kent de wet voor het wijzigen van arbeidstijden indien deze zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden?
3. Wat bepaalt de Arbeidstijdenwet en welke rol speelt de ondernemingsraad bij het wijzigen van arbeidstijden?
4. Hoe kan CB Fashion de arbeidstijden wijzigen, gelet op de gewijzigde omstandigheden en de arbeidscontracten met zijn werknemers.

1.5 Werkwijze (methoden)

In de literatuurlijst van dit rapport zijn de bronnen opgenomen die zijn gebruikt bij het onderzoek. Allereerst is een inhoudsanalyse opgesteld van een aantal handboeken en tijdschriftartikelen over het wijzigen van arbeidstijden en arbeidsvoorwaarden, om een beter beeld te krijgen van de mogelijke manieren van en bijbehorende regelgeving over het wijzigen van arbeidstijden.

Voor meer diepgang over de mogelijke wijzigingsmanieren van de werkgever en de bijbehorende wetgeving zijn de memorie van toelichting, artikelen uit vaktijdschriften, toegespitste literatuur en relevante jurisprudentie over het wijzigen van arbeidstijden en arbeidsvoorwaarden geraadpleegd. Van deze bronnen is een inhoudsanalyse gemaakt. Middels een inhoudsanalyse van handboeken en tijdschriftartikelen is achterhaald welke artikelen uit de Arbeidstijdenwet en de Wet op de ondernemingsraden van belang zijn bij het wijzigen van arbeidstijden. Van deze artikelen en tijdschriftartikelen is wederom een inhoudsanalyse gemaakt.

Het onderzoek naar de praktijk bestaat uit een interview met Niek Franssen, directeur Logistiek en Antony van Otterdijk, procescoördinator, over de gewijzigde omstandigheden en de noodzaak van het wijzigen van de arbeidstijden. Door de directe betrokkenheid bij de klant NA-KD en het wijzigen van de arbeidstijden beschikken zij over relevante en uitgebreide informatie. Hierdoor is voldoende informatie verkregen. Naast het interview is een analyse gemaakt van het aantal arbeidscontracten en de verschillende arbeidscontracten die CB Fashion heeft gesloten met zijn werknemers. Hierbij is gebruikgemaakt van het personeelsbestand van CB Fashion. Daaruit zijn gegevens gekomen, op basis waarvan een overzicht is gemaakt van verschillende categorieën arbeidscontracten en het aantal dienstjaren van de werknemers.

1.6 Verantwoording

Tijdens het onderzoek is gebruikgemaakt van verschillende bronnen. De bronnen die zijn gebruikt zijn opgenomen in de bronnenlijst. Wetten, jurisprudentie, vaktijdschriften, literatuur, Kamerstukken en SER-publicaties zijn gebruikt.

De wet en de jurisprudentie zijn rechtsbronnen. Daarmee worden deze als betrouwbaar beschouwd. De handboeken zijn geraadpleegd via de bibliotheek van de Juridische Hogeschool. De vaktijdschriften zijn geraadpleegd via Kluwer Navigator en hebben betrekking op het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden en arbeidstijden.

1.7 Leeswijzer

De deelvragen uit het onderzoeksplan zijn vertaald in de hoofdstukken en paragrafen uit dit rapport. In Hoofdstuk 1 wordt de aanleiding van het probleem gepresenteerd en komt de centrale vraag van het onderzoek aan bod. In Hoofdstuk 2 wordt het verschil tussen het instructierecht van de werkgever en de arbeidsvoorwaarden besproken. In Hoofdstuk 3 worden de wettelijke grondslagen voor het wijzigen van arbeidstijden als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden besproken. Hoofdstuk 4 gaat in op de regelgeving uit de Arbeidstijdenwet en de rol van de ondernemingsraad bij het wijzigen van arbeidstijden. In Hoofdstuk 5 wordt besproken welke wijzigingsroutes CB Fashion kan volgen, gelet op de gewijzigde omstandigheden en de arbeidscontracten met zijn werknemers. In Hoofdstuk 6 worden de conclusies en aanbevelingen gepresenteerd.

2. Arbeidstijden, het instructierecht versus de arbeidsvoorwaarde

Iedere werkgever en werknemer heeft te maken met bepaalde arbeidstijden. In sommige gevallen leggen werkgever en werknemer afspraken hierover vast in de arbeidsovereenkomst. In andere gevallen stelt de werkgever de arbeidstijden vast vanuit zijn instructierecht. Wanneer de werkgever de arbeidstijden wil wijzigen, gelden voor beide gevallen andere regels. Maakt de arbeidsvoorwaarde deel uit van de arbeidsovereenkomst, dan komen de wijzigingsmodaliteiten uit Hoofdstuk 3 aan bod. Wijzigt de werkgever de arbeidstijden vanuit zijn instructierecht, dan gelden soepelere regels.

In §2.1 wordt allereerst het instructierecht van de werkgever besproken. In §2.2.1 komt aan bod wanneer arbeidstijden zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden, in §2.2.2 wat wordt verstaan onder dit begrip en in §2.2.3 welke soort arbeidsvoorwaarden bestaan. §2.3 behandelt het belang van het onderscheid tussen het instructierecht en de arbeidsvoorwaarde.

2.1 Arbeidstijden, onderdeel van het instructierecht van de werkgever?

Een groot aantal van de regels omtrent de arbeidsovereenkomst zijn te vinden in titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Deze titel begint met artikel 7:610 BW en eindigt met artikel 7:745 BW. Uit de definitie van de arbeidsovereenkomst, te vinden in artikel 7:610 BW, blijkt dat de werkgever in een gezagsverhouding staat ten opzichte van de werknemer. Deze gezagsverhouding brengt met zich mee dat de werkgever bevoegd is de werknemer instructies te geven omtrent het verrichten van de arbeid.¹ Dit instructierecht is niet oneindig. ‘Het instructierecht behelst immers de ruimte die voor de werkgever overblijft binnen de grenzen van de wet, cao en de individuele arbeidsovereenkomst.’² Dit betekent dat de onderwerpen die bepaald zijn bij wet, cao of in de individuele arbeidsovereenkomst, in beginsel buiten het instructierecht van de werkgever vallen.

Het vaststellen van een werkrooster valt in beginsel onder het instructierecht van de werkgever³. De werkgever moet immers sturing kunnen geven aan het uitvoeren van de werkzaamheden binnen zijn bedrijf. Dit verandert als de werkgever en de werknemer een concrete afspraak hebben gemaakt over de invulling van de arbeidstijden. Deze afspraak, die onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst, valt dan niet langer onder het instructierecht van de werkgever, maar is aan te merken als arbeidsvoorwaarde.

Wanneer een onderwerp moet worden beschouwd als arbeidsvoorwaarde of dit onderwerp onder het instructierecht valt, is soms lastig te bepalen. De volgende paragraaf bespreekt in welke gevallen arbeidstijden aan te merken zijn als arbeidsvoorwaarde.

¹ Artikel 7:660 BW.

² Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

³ SER Advies 2005/03, p. 41. - Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

2.2.1 Arbeidstijden, onderdeel van de arbeidsvoorwaarden?

Zoals hierboven kort is besproken, maakt een onderwerp gedeelte uit van de arbeidsvoorwaarden indien de werkgever en de werknemer daarover een concrete afspraak hebben gemaakt. Als in de arbeidsovereenkomst een afspraak is gemaakt over vaste arbeidstijden of vrije dagen, dan heeft dit tot gevolg dat dit onderwerp niet langer onder het instructierecht van de werkgever valt.

Het is echter niet zo dat iedere afspraak tussen werkgever en werknemer over arbeidstijden een arbeidsvoorwaarde oplevert⁴. De werkgever is op grond van het instructierecht uit artikel 7:660 BW immers bevoegd voorschriften op te stellen omtrent het verrichten van de arbeid. Deze voorschriften zijn niet aan te merken als afspraken op grond waarvan direct een arbeidsvoorwaarde ontstaat.

In 2011 gaf een kantonrechter in een geschil over het eenzijdig wijzigen van de arbeidstijden door de werkgever het onderstaande oordeel:

“De enkele vermelding in de brief van haar vorige leidinggevende dat deze werktijden werden gehanteerd, rechtvaardigt op zichzelf nog niet de conclusie dat partijen harde afspraken hebben gemaakt met betrekking tot vaste uren waarop de werkzaamheden verricht dienen te worden. De kantonrechter is echter wel van oordeel dat het feit dat werknemer [eiseres] gedurende zoveel jaren op basis van dit rooster heeft gewerkt tot gevolg heeft dat dit werkrooster – ondanks dat hierover niets in een arbeidsovereenkomst is vastgelegd – deel is gaan uitmaken van haar arbeidsvoorwaarden.”⁵

De kantonrechter is van oordeel dat de brief, op grond waarvan de arbeidstijden vanuit het instructierecht van de werkgever werden medegedeeld, niet aangemerkt kan worden als een harde afspraak op grond waarvan een arbeidsvoorwaarde is ontstaan. Desondanks maakte het werkrooster door verloop van tijd wel deel uit van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer.

Zo kunnen arbeidstijden ook zonder dat werkgever en werknemer hierover een afspraak hebben gemaakt, deel uit gaan maken van de arbeidsvoorwaarden. Dat kan, indien een bepaald patroon van arbeidstijden een verworven recht is geworden als gevolg van artikel 6:248 lid 1 BW⁶. Wil van een verworven recht sprake zijn, dan moet zich tijdsverloop voordoen.

Hoeveel tijd precies moet verstrijken alvorens sprake is van een verworven recht, is problematisch om te bepalen. In de rechtspraak is hierover geen vaste lijn te ontdekken. Waar de grens ligt verschilt per uitspraak. Als een werkrooster of het arbeidspatroon reeds jarenlang ongewijzigd is, is de kans groot dat de rechter tot de conclusie komt dat sprake is van een arbeidsvoorwaarde.

Om een beter beeld te krijgen van het begrip ‘arbeidsvoorwaarde’ en de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden die de literatuur onderscheidt, wordt hieronder kort op dit onderwerp ingegaan.

⁴ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

⁵ Rb. Utrecht (ktr.) 27 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ3288.

⁶ Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Lelystad) (vzr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4203.

2.2.2 Wat wordt verstaan onder het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’?

In de wet is geen definitie van ‘arbeidsvoorwaarde(n)’ opgenomen. Het Van Dale-woordenboek geeft als omschrijving van arbeidsvoorwaarde(n): ‘voorwaarden waarop een arbeider voor de werkgever werkt’.⁷ Deze omschrijving is vaag.

Arbeidsvoorwaarden kunnen omschreven worden als ‘het samenstel van rechten en plichten van de werkgever en werknemer tegenover elkaar ten aanzien van het verrichten van arbeid in loondienst’.⁸ Voorbeelden van arbeidsvoorwaarden zijn loon, onregelmatigheidstoeslagen, vakantiedagen en functie. Nog meer soorten arbeidsvoorwaarden komen voor. Deze arbeidsvoorwaarden kunnen worden opgenomen in de arbeidsovereenkomst, de cao of, bij het ontbreken daarvan, in het bedrijfsreglement.

Een voorwaarde om arbeidsvoorwaarden in het bedrijfsreglement op te nemen en deze toe te passen, is dat het bedrijfsreglement is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. In de gesloten arbeidsovereenkomst dient een bepaling te zijn opgenomen, waaruit blijkt dat het bedrijfsreglement van toepassing is op de arbeidsovereenkomst.

2.2.3 Welke soorten arbeidsvoorwaarden bestaan?

Zoals gezegd is in de wet geen definitie van het begrip ‘arbeidsvoorwaarde(n)’ opgenomen. Ook kent de wet geen onderscheid tussen verschillende soorten arbeidsvoorwaarden. In de literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen verschillende arbeidsvoorwaarden, namelijk: primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden.

Primaire arbeidsvoorwaarden zijn de meest significante arbeidsvoorwaarden, die de kern van een arbeidsovereenkomst vormen⁹. Voorbeelden van primaire arbeidsvoorwaarden zijn het loon en de arbeidsduur. Secundaire arbeidsvoorwaarden bevatten een verdere uitwerking van de primaire arbeidsvoorwaarden¹⁰. Voorbeelden van secundaire arbeidsvoorwaarden zijn een belonings- of functiewaarderingssysteem, een regeling op het gebied van personeelsopleiding en de vakantieregeling. Tertiaire arbeidsvoorwaarden zijn arbeidsvoorwaarden die lijken op faciliteiten. Enkele voorbeelden hiervan zijn een sportschool of een kinderopvang op de werkplek.

De verdeling van arbeidsvoorwaarden in categorieën is van belang wanneer de arbeidsvoorwaarden gewijzigd moeten worden. Hoe signifikanter de arbeidsvoorwaarde voor de werknemer is, hoe problematischer het voor de werkgever is om deze te wijzigen. Een primaire arbeidsvoorwaarde is om die reden moeilijker te wijzigen dan bijvoorbeeld een tertiaire arbeidsvoorwaarde¹¹.

⁷ www.vandale.nl (zoek op arbeidsvoorwaarde).

⁸ Van Vliet & Filippo 2016, §4.2.

⁹ Van Vliet & Filippo 2016, §4.2.

¹⁰ Van Vliet & Filippo 2016, §4.2.

¹¹ Van Vliet & Filippo 2016, §4.2.

2.3 Wat is het belang van het onderscheid tussen beiden?

Het onderscheid tussen enerzijds het voorschrift, dat ontstaat uit het instructierecht van de werkgever, en anderzijds de arbeidsvoorwaarde, is van belang. Voor het wijzigen van een voorschrift door middel van het instructierecht van de werkgever gelden namelijk andere regels dan voor het wijzigen van arbeidsvoorwaarden¹².

Het instructierecht uit artikel 7:660 BW impliceert dat een voorschrift dat uit dat recht is ontstaan, in beginsel eenzijdig gewijzigd kan worden door de werkgever. Instemming van de werknemer is in dit geval niet nodig. Het moet dan wel gaan om voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid of om de voorschriften die ertoe strekken om de goede onderneming van de werkgever te bevorderen¹³. De werkgever is bij het wijzigen van deze voorschriften gehouden aan de wet en de bepalingen uit de overeenkomst. Werkgever en werknemer dienen zich daarbij als goed werkgever of werknemer te gedragen. De werkgever mag bovendien geen misbruik maken van zijn bevoegdheid¹⁴.

De bepalingen die bij overeenkomst zijn bepaald, vallen buiten het instructierecht en zijn daarbij aan te merken als arbeidsvoorwaarden. Voor het wijzigen van deze 'afspraken' gelden zwaardere regels. Het uitgangspunt van het overeenkomstenrecht is namelijk 'afpraak is afspraak'. Slechts bij uitzondering en onder strenge voorwaarden kunnen overeengekomen arbeidsvoorwaarden door de werkgever (eenzijdig) worden gewijzigd. Hoe arbeidsvoorwaarden gewijzigd kunnen worden, komt in Hoofdstuk 3 aan bod.

¹² Roozendaal, SMA 2007, p. 45.

¹³ Artikel 7:660 BW.

¹⁴ Van Genderen, Fluit, Stefels & De Wolff 2016, p. 44.

3. Het wijzigen van arbeidstijden als arbeidsvoorwaarde

Arbeidstijden zijn in sommige gevallen aan te merken als arbeidsvoorwaarde. Deze arbeidstijden worden gebruikelijk bij de aanvang van het dienstverband vastgesteld. Gedurende het dienstverband kunnen de omstandigheden binnen het bedrijf wijzigen, waardoor voor de werkgever behoefte ontstaat de arbeidstijden aan te passen.

De Arbeidstijdenwet stelt regels aan het vaststellen en wijzigen van arbeidstijden. Wanneer de werkgever de arbeidstijden wil wijzigen, dient hij zich aan deze bepalingen te houden. De Arbeidstijdenwet bevat echter geen gronden voor het wijzigen van arbeidstijden. De wijzigingsgronden zijn te vinden in het arbeidsovereenkomstenrecht en zien toe op het wijzigen van arbeidsvoorwaarden in het algemeen.

Wanneer arbeidstijden zijn aan te merken als arbeidsvoorwaarde, kunnen zij niet zomaar worden gewijzigd. Werkgever en werknemer zijn deze voorwaarde met een reden overeengekomen en dienen zich eraan te houden. Wijziging van de arbeidstijden kan in beginsel slechts plaatsvinden als beide partijen daarmee instemmen. Deze manier van wijzigen van de arbeidstijden is voor de werkgever niet van nut als de werknemer niet met de wijziging wenst in te stemmen.

Om te voorkomen dat arbeidsvoorwaarden die niet langer aansluiten bij de bedrijfssituatie nooit gewijzigd kunnen worden, heeft de wetgever voorzien in een uitzondering op de hoofdregel, namelijk artikel 7:613 BW. In dit artikel is bepaald dat de werkgever, indien hij een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst heeft opgenomen, de arbeidsvoorwaarden eenzijdig kan wijzigen. Daarnaast kent de wet nog een drietal bepalingen op grond waarvan arbeidsvoorwaarden eenzijdig kunnen worden gewijzigd: artikelen 7:611, 6:248 BW en 6:258 BW.

Het wijzigen van arbeidstijden als arbeidsvoorwaarde ligt in het verlengde van het instructierecht van de werkgever. Om die reden mag van de werknemer gewoonlijk een hoge mate aan flexibiliteit worden verwacht als het gaat om wijziging van de arbeidstijden¹⁵. Hoe ingrijpender de arbeidstijdenwijziging is, des te zwaarder de belangen van de werkgever dienen te zijn¹⁶.

§3.1 bekijkt de regels omtrent de wijziging met wederzijds goedvinden. Vervolgens komt in §3.2 de eenzijdige wijziging op grond van artikel 7:613 BW aan bod. §3.3 gaat in op de eenzijdige wijziging op grond van artikel 7:611 BW. Vervolgens bespreekt §3.4 de wijzigingsgrond uit artikel 6:248 BW en komt in §3.5 de wijzigingsgrond uit artikel 6:258 BW aan bod.

¹⁵ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46 - Van Genderen, Fluit, Stefels & De Wolff 2016, p. 117.

¹⁶ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

3.1 Wijziging van de arbeidsvoorwaarden met wederzijds goedvinden

Alvorens een beroep te doen op een van de wijzigingsgronden, kan de werkgever proberen overeenstemming met de werknemers te bereiken over de voorgenomen wijziging. Met wederzijds goedvinden kan de arbeidsvoorwaarde eenvoudig worden gewijzigd. Wederzijds goedvinden houdt in dat werkgever en werknemer instemmen met het voorstel. Een beroep op een van de wijzigingsgronden blijft in dit geval achterwege. Voor deze manier van wijzigen van de arbeidsvoorwaarde gelden slechts weinig regels. De werkgever dient zich tegenover de werknemer te gedragen als goed werkgever (art. 7:611 BW). Daarnaast dient de werkgever zich te houden aan de eisen die de wet stelt aan de totstandkoming van overeenkomsten en, indien van toepassing, de bepalingen uit de cao¹⁷.

Goed werkgeverschap betekent in dit geval dat de werkgever zich moet gedragen met inachtneming van het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van misbruik van de positie als werkgever, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.¹⁸ De instemming van de werknemer wordt daarentegen niet zomaar aangenomen. In de rechtspraak is bepaald dat:

“[...] gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd.”¹⁹

De werkgever dient dus aan te kunnen tonen dat:

- Hij de werknemer duidelijk heeft gemaakt wat de wijziging inhoudt.
- De werknemer welbewust met deze wijziging heeft ingestemd.

Het feit dat de werknemer niet heeft geprotesteerd tegen de wijziging, is niet voldoende om te kunnen concluderen dat de werknemer welbewust heeft ingestemd met de wijziging. Wat ‘welbewust’ instemmen precies inhoudt, is ook in de rechtspraak niet bepaald. Het is de werkgever aan te raden de wijziging van de arbeidsvoorwaarden schriftelijk vast te leggen en de werknemer het document te laten ondertekenen.

Niet in alle gevallen lukt het de werkgever om overeenstemming met de werknemer te bereiken, zeker niet wanneer het voorstel verslechtering van de arbeidsvoorwaarden inhoudt. In dat geval zal de werkgever moeten nagaan of hij met een beroep op een van de wijzigingsgronden kan overgaan tot het wijzigen van de arbeidsvoorwaarde.

¹⁷ Artikel 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.

¹⁸ Van Genderen, Fluit, Stefels & De Wolff 2016, p. 42.

¹⁹ HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 (Van Beek/CZ).

3.2 Wijzigen van de arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 7:613 BW

Indien de werknemer niet wenst in te stemmen met de wijziging van de arbeidsvoorwaarde, moet worden nagegaan of een mogelijkheid bestaat de wijziging eenzijdig door te voeren. De instemming van de werknemer is in dat geval niet vereist. Artikel 7:613 BW biedt de werkgever de mogelijkheid de wijziging eenzijdig door te voeren.

In 1988 is artikel 7:613 BW ingevoerd. Enerzijds was het doel daarvan om het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden door werkgevers te verminderen; anderzijds dat rekening wordt gehouden met het belang van werkgevers om hun arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen²⁰. Indien de werkgever de arbeidsvoorwaarden per individuele werknemer moet wijzigen, ontstaat een gevarieerd en ongeordend pakket aan arbeidsvoorwaarden. Met de invoering van dit wetsartikel heeft de wetgever dit willen voorkomen.

In het arrest Stoof/Mammoet²¹ heeft de rechter bepaald dat deze bepaling voornamelijk geldt voor het wijzigen van collectieve regelingen, dus voor meerdere werknemers ineens. Dit is gedaan met het oog op de achterliggende gedachte van artikel 7:613 BW. Individuele instemming van iedere werknemer kost niet alleen veel tijd en geld, maar brengt na verloop van tijd bovendien met zich mee dat voor iedere werknemer verschillende arbeidsvoorwaarden gelden. Dit staat op gespannen voet met het doel van het artikel.

Een groot voordeel van artikel 7:613 BW is dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden voor meerdere werknemers ineens kan wijzigen. Hiermee kan hij veel tijd besparen. De werkgever kan zich echter niet zomaar beroepen op artikel 7:613 BW. Hij moet een eenzijdig wijzigingsbeding met de werknemer zijn overeengekomen. Onder welke voorwaarden een beroep kan worden gedaan op het eenzijdig wijzigingsbeding, wordt hieronder besproken.

Artikel 7:613 BW luidt:

*“De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”*²²

Om een beroep te kunnen doen op dit artikel, moet aan alle voorwaarden zijn voldaan. Sprake moet zijn van:

- een schriftelijk beding;
- een zwaarwichtig belang aan de kant van de werkgever.

²⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24615, 3, p. 21-22 (MvT).

²¹ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (Stoof/Mammoet).

²² Artikel 7:613 BW.

Een schriftelijk beding

Het wijzigingsbeding is alleen geldig indien werkgever en werknemer dit schriftelijk zijn overeengekomen. De instemming van de werknemer met het opnemen van een wijzigingsbeding in zijn arbeidscontract dient duidelijk kenbaar te zijn²³. Het is niet vereist dat het wijzigingsbeding is opgenomen in de individuele arbeidsovereenkomst. Aan de eis van schriftelijkheid is voldaan als het wijzigingsbeding is opgenomen in dezelfde regeling als waarin de arbeidsvoorwaarden zijn opgenomen²⁴. Het wijzigingsbeding is alleen van toepassing op de arbeidsvoorwaarden die in dezelfde regeling zijn opgenomen.

Een zwaarwichtig belang

De werkgever dient een zodanig zwaarwichtig belang te hebben bij het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het rechtsvermoeden van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever wordt in geval van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming vermoed aanwezig te zijn²⁵. De vakbonden komen op voor het belang van de werknemer en bieden bescherming tegen onredelijke voorstellen van de werkgever. De werknemer kan zich desondanks verzetten tegen de toepassing van de gewijzigde regeling van arbeidsvoorwaarden indien hij zich daarmee niet kan verenigen.

Naast de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in overleg met vakbonden, kunnen arbeidsvoorwaarden ook in overleg met de ondernemingsraad tot stand komen. Volgens de memorie van toelichting wordt ook met deze vorm van arbeidsvoorwaardenvorming voldaan aan het rechtsvermoeden van het zwaarwichtig belang en kan de werkgever in beginsel een beroep doen op het wijzigingsbeding²⁶. Wel wordt daarbij gesteld dat een cao van grotere betekenis is voor het aannemen van een zwaarwichtig belang dan overeenstemming tussen de werkgever en de ondernemingsraad.

Indien het de werkgever niet lukt om overeenstemming met de ondernemingsraad te krijgen over de voorgenomen arbeidsvoorwaardenwijziging, dan is het problematisch de wijziging door te voeren. Ook indien de werknemer het nalaat om de instemming van de ondernemingsraad te vragen voor een voorgenomen besluit tot wijziging dat betrekking heeft op een onderwerp genoemd in artikel 27 WOR, is dit niet bevorderlijk voor het aantonen van het zwaarwichtig belang van de werkgever²⁷. Het wijzigen van een arbeidstijdenregeling valt onder artikel 27 lid 1 onder b WOR. De werkgever behoeft daarvoor instemming van de ondernemingsraad. §4.3.1 gaat hier verder op in.

²³ E. Verhulp, in: Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 7:613 BW (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2017).

²⁴ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570.

²⁵ Kamerstukken II 1995/96, 24615, 3, p. 23-24 (MvT).

²⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24615, 3, p. 24 (MvT).

²⁷ Van Genderen, Fluit, Stefels & De Wolff 2016, p. 173.

Niet op alle organisaties is een cao van toepassing. Bovendien is een ondernemingsraad voor werkgevers met minder dan vijftig werknemers in loondienst niet verplicht²⁸. Indien de werkgever geen cao kan toepassen en geen ondernemingsraad is ingesteld, heeft dat tot gevolg dat de werkgever slechts gebruik kan maken van het wijzigingsbeding als hij via een andere weg het zwaarwichtig belang kan aantonen. Volgens de memorie van toelichting zal het daarbij moeten gaan om zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden die het noodzakelijk maken om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen²⁹. De werkgever dient bijvoorbeeld aan te tonen dat het organisatorisch gezien noodzakelijk is dat toepassing van de ongewijzigde regeling van arbeidstijden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor hem onaanvaardbaar is. De explosieve groei van het bedrijf of ingrijpende wijzigingen in de bedrijfsvoering zouden hiervan een oorzaak kunnen zijn.

Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

Een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever alleen is onvoldoende. Artikel 7:613 BW stelt namelijk dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Wat redelijk en billijk is zal per geval verschillen en moet worden beoordeeld rekening houdend met de omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling van de redelijkheid en billijkheid is onder andere van belang of naar andere mogelijke oplossingen is gekeken of dat een overgangsregeling is aangeboden, op grond waarvan de werknemer bijvoorbeeld de tijd krijgt om een oppas voor de kinderen te regelen in het geval van een arbeidstijdenwijziging³⁰. De instemming van de ondernemingsraad kan ook hier weer een rol in spelen³¹. Ondanks dat de arbeidsvoorwaardenwijziging collectief plaatsvindt, kan wat redelijk en billijk is per werknemer verschillen gelet op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

Indien aan alle voorwaarden uit artikel 7:613 BW is voldaan, kan de werkgever met succes een beroep doen op het eenzijdig wijzigingsbeding en de arbeidsvoorwaarden wijzigen, zonder dat daarvoor overeenstemming met de werknemer is vereist.

3.3 Wijzigen van de arbeidsvoorwaarden op grond van art. 7:611 BW

Op grond van artikel 7:611 BW dienen werkgever en werknemer zich als goed werkgever en werknemer te gedragen. In deze wettelijke bepaling is niet opgenomen hoe een werkgever op grond daarvan de arbeidsvoorwaarden eenzijdig kan wijzigen. De regels voor het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden op grond van deze bepaling hebben zich gevormd in jurisprudentie.

Artikel 7:611 BW luidt:

*‘De werkgever en werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen’.*³²

²⁸ Artikel 2 lid 1 WOR.

²⁹ Kamerstukken II 1995/96, 24615, 3, p. 24 (MvT).

³⁰ Van Vliet & Filippo 2016, §4.6.1.

³¹ Van Vliet & Filippo 2016, §4.6.1.

³² Artikel 7:611 BW.

In twee relevante arresten heeft de Hoge Raad een toetsingskader gevormd voor artikel 7:611 BW en het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden. Het gaat hierbij om de arresten Van der Lely/Taxi Hofman³³ en Stoof/Mammoet³⁴. In dit laatste arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat artikel 7:611 BW, in tegenstelling tot artikel 7:613 BW, voornamelijk ziet op de individuele gevallen van arbeidsvoorwaardenwijziging.

HR Van der Lely/Taxi Hofman

De Hoge Raad heeft in het arrest Van der Lely/Taxi Hofman uitgelegd hoe artikel 7:611 BW werkt ten opzichte van de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst³⁵. In deze zaak wilde de werkgever de functie van werknemer Van der Lely eenzijdig wijzigen. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat werkgever en werknemer zich als goed werkgever en werknemer dienen te gedragen.

“[...]Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.”³⁶

Doet de werkgever de werknemer een redelijk voorstel naar aanleiding van een gewijzigde situatie op het werk, dan is de werknemer in beginsel gehouden met dit voorstel akkoord te gaan. De werknemer mag dit voorstel slechts afwijzen wanneer aanvaarding daarvan in redelijkheid niet van hem kan worden verwacht. In 2008 heeft de Hoge Raad de leer uit het arrest Van der Lely/Taxi Hofman erkend en opheldering gegeven in het arrest Stoof/Mammoet.

HR Stoof/Mammoet

In deze zaak ging technisch directeur Stoof niet akkoord met een door de werkgever aangeboden functiewijziging. Hij voelde zich niet verplicht om in een andere functie te werken dan bedongen en meldde zich ziek. De Hoge Raad zag in deze zaak geen reden om van de maatstaf op basis van Van der Lely/Taxi Hoffman af te wijken. Ook bepaalde de Hoge Raad in dit arrest dat bij de te hanteren maatstaf niet alleen moet worden gekeken naar wat

³³ HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688 (Van der Lely-Taxi Hofman).

³⁴ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (Stoof/Mammoet).

³⁵ Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2017, p. 41.

³⁶ HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688 (Van der Lely-Taxi Hofman).

De Hoge Raad overwoog:

*“Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever **aanleiding** heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel **redelijk** is.*

In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede — naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming — de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.

*Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval **in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden**, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.³⁷”*

Dit toetsingskader is op te splitsen in de drie onderstaande criteria:³⁸

1. Aanleiding: is sprake van gewijzigde omstandigheden die aanleiding zijn geweest voor het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden?
2. Redelijk: is het voorstel van de werkgever, rekening houdend met de omstandigheden van het geval een redelijk voorstel?
3. Kan aanvaarding van het voorstel van de werknemer worden verwacht?

Of het voorstel redelijk is, moet niet alleen worden bepaald aan de hand van de inhoud van het voorstel, maar ook op basis van de manier waarop het voorstel tot stand is gekomen. Daarbij is het van belang of de werkgever de belangen van de werknemer en de door hem aangedragen alternatieven heeft meegenomen in zijn belangenafweging. Als de werkgever het nalaat om een belangenafweging te maken, komt de rechter niet meer toe aan de vraag of aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden³⁹.

Indien de werkgever geen wijzigingsbeding met de werknemer is overeengekomen, is de werknemer niet verplicht om voorstellen tot het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden te accepteren.⁴⁰ De werkgever en de werknemer dienen met inachtneming van artikel 7:611 BW overeenstemming te bereiken over het gedane voorstel. De Hoge Raad heeft in het arrest Stoof/Mammoet bepaald dat de werknemer, in geval van gewijzigde omstandigheden op het werk, voldoende beschermd wordt door de drie criteria uit dat arrest, ook wel de ‘dubbele redelijkheidstoets’ genoemd. Indien de drie criteria uit het arrest Stoof/Mammoet bevestigend kunnen worden beantwoord, is de werknemer op grond van goed werknemerschap gehouden het voorstel van de werkgever te accepteren.

Een uitspraak van de rechter waarin is bepaald dat het voorstel van de werkgever redelijk is en de werknemer gehouden is daarmee in te stemmen, levert de werkgever niet direct de

³⁷ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 r.o. 3.3.2 (stoof/Mammoet).

³⁸ Van Vliet & Filippo 2016, §4.5.2.

³⁹ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

⁴⁰ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, r.o. 3.3.3 (Stoof/Mammoet).

bevoegdheid op om de arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen. De werkgever en de werknemer dienen in principe nog steeds overeenstemming te bereiken over het wijzigingsvoorstel. De onderhandelingsruimte van de werknemer is echter beperkt, omdat de rechter reeds heeft bepaald dat de werknemer gehouden is met het voorstel in te stemmen. De werknemer kan eigenlijk niets anders dan met het voorstel van de werkgever in te stemmen⁴¹.

3.4 Wijzigen van de arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 6:248 BW

Artikel 6:248 BW is een artikel uit het algemeen verbintenissenrecht. De algemene leerstukken uit het verbintenissenrecht zijn tevens van toepassing op het arbeids(overeenkomsten)recht, tenzij een bepaling uit het arbeidsrecht exclusieve werking heeft⁴². Exclusieve werking houdt in dat de bepaling voor andere toepasselijke wetbepaling gaat en deze andere wetbepalingen als het ware hun werking ontnemt. Lid 2 van artikel 6:248 BW maakt op deze manier deel uit van het arbeidsovereenkomstenrecht.

Dit artikel is van toepassing, indien een wijzigingsbeding conform artikel 7:613 BW ontbreekt en de werkgever de arbeidsvoorwaarden collectief wil wijzigen⁴³. Dat de onaanvaardbaarheidseis enkel dan van toepassing is, valt echter niet te concluderen. In sommige gevallen komt toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW ook voor in individuele gevallen.⁴⁴

Artikel 6:248 lid 2 luidt:

‘[...]’-2. 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.’⁴⁵

Op grond van dit artikel geldt het onaanvaardbaarheids criterium. De bepaling die op grond van lid 2 artikel 6:248 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, wordt de werking ontnomen. De overeengekomen arbeidsvoorwaarde wordt in dat geval opzijgezet⁴⁶. De rechter oordeelt dan of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werkgever aan de overeengekomen bepaling gebonden blijft.

De norm uit artikel 6:248 lid 2 BW is zwaarder dan de norm die geldt wanneer werkgever en werknemer een wijzigingsbeding zijn overeengekomen. In geval van wijziging van arbeidsvoorwaarden die naar hun aard enigszins veranderlijk kunnen zijn, zoals onder andere werktijden, lijkt beoordeling aan de hand van het arrest Stoof/Mammoet daarom geschikter⁴⁷.

⁴¹ Van Vliet & Filippo 2016, §4.5.3

⁴² Klinckhamers, *ArbeidsRecht* 2000/42.

⁴³ Van Genderen, Fluit, Stefels & De Wolff 2016, §5.4.2. - Rb. Rotterdam 1 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9373. - Van Vliet & Filippo 2016, §4.6.2.

⁴⁴ De Wolff, *TRA* 2001/78, §6.

⁴⁵ Artikel 6:248 BW

⁴⁶ Van Vliet & Filippo 2016, §4.6.2.

⁴⁷ Van Genderen, Fluit, Stefels & De Wolff 2016, §5.4.2.

3.5 Wijzigen van de arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 6:258 BW

Artikel 6:258 BW is een artikel uit het algemeen verbintenissenrecht. De algemene leerstukken uit het verbintenissenrecht zijn tevens van toepassing op het arbeids(overeenkomsten)recht, tenzij een bepaling uit het arbeidsrecht exclusieve werking heeft⁴⁸. Dit artikel wordt slechts bij uitzondering toegepast, indien een beroep op 6:248 BW niet slaagt. ‘Bij toepassing van artikel 6:258 BW dient terughoudendheid te worden betracht⁴⁹’.

Artikel 6:258 lid 1 BW luidt:

“[...]1. De rechter kan op vordering van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.”⁵⁰

Om met succes een beroep op artikel 6:258 te kunnen doen, dient dus sprake te zijn van onvoorziene omstandigheden. ‘Onvoorziene omstandigheden zijn omstandigheden waar partijen niet aan hebben gedacht en waar zij ook geen bepalingen voor in de arbeidsovereenkomst hebben opgenomen’.⁵¹ Indien de situatie voorzienbaar was of de onvoorziene omstandigheden naar verkeersopvatting voor rekening van de werkgever komen, kan geen beroep op dit artikel worden gedaan. Naar verkeersopvatting houdt in: de in de maatschappij heersende opvatting over dit onderwerp. Deze strenge en hoogst uitzonderlijke grond zal in geval van arbeidstijdenwijziging niet snel kans van slagen hebben. Zelden is er sprake van onvoorziene omstandigheden die niet voor rekening van de werkgever behoren te komen.

⁴⁸ Klinckhamers, *ArbeidsRecht* 2000/42.

⁴⁹ Hof Amsterdam, 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7691, r.o. 2.8.

⁵⁰ Artikel 6:258 lid 1 BW

⁵¹ Van Vliet & Filippo 2016, §4.6.3.

3.6 Welke wijzigingsgronden zijn het meest geschikt?

Dit hoofdstuk behandelde vier wijzigingsgronden op grond waarvan de werkgever arbeidsvoorwaarden eenzijdig kan wijzigen. Daarbij zien de wijzigingsgronden art. 7:613, 6:248 en 6:258 BW hoofdzakelijk op het collectief wijzigen van arbeidsvoorwaarden⁵² en ziet art. 7:611 BW hoofdzakelijk op individuele wijzigingsgevallen. Gevallen waarbij de rechter de collectieve wijziging toetst aan 7:611 BW, komen echter ook voor⁵³. Wanneer het gaat om het wijzigen van arbeidstijden, mag doorgaans veel flexibiliteit van de werknemer worden verwacht. Werktijden zijn bovendien enigszins veranderlijke arbeidsvoorwaarden. Om die reden lijkt toetsing aan de criteria uit Van der Lely/Taxi Hofman bij het ontbreken van een wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW beter geschikt⁵⁴.

⁵² HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (Stoof/Mammoet).

⁵³ Van Genderen, Fluit, Stefels & De Wolff 2016, §5.4.2. – HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, concl. A-G mr. Keus, par. 3.9 (Stoof/Mammoet). – Rb. Midden-Nederland (ktr.) (zittingsplaats Utrecht) 11 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2603.

⁵⁴ Van Genderen, Fluit, Stefels & De Wolff 2016, §5.4.2.

4. De Arbeidstijdenwet & de rol van de OR

Indien een werkgever de arbeidstijden wil wijzigen, is hij gebonden aan de regels uit de Arbeidstijdenwet, ongeacht of hij dit doet via het instructierecht of de regels die gelden voor het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. In deze wet is een aantal bepalingen opgenomen dat een verplichting aan de werkgever oplegt met betrekking tot het vaststellen en wijzigen van arbeidstijden. Dit hoofdstuk bekijkt wat die verplichtingen inhouden en welke rol de ondernemingsraad speelt bij het wijzigen van arbeidstijden.

4.1.1 Artikel 4:1 & 4:1a Arbeidstijdenwet

De Arbeidstijdenwet verplicht de werkgever in artikel 4:1 ATW een zo goed mogelijk beleid te voeren ter zake van arbeids- en rusttijden van de werknemers en dient daarbij, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemers. Het beleid dat hij voert dient schriftelijk te worden vastgelegd en iedere werknemer dient hiervan, wanneer gewenst, kennis te kunnen nemen. De werkgever dient het arbeids- en rusttijdenbeleid tussentijds te toetsen en waar nodig bij te stellen.⁵⁵

In het verlengde van dit artikel moet de werkgever op grond van artikel 4:1a ATW bij vaststelling van de arbeidstijden, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid. Daaronder vallen volgens dit artikel in ieder geval de zorg(taken) voor kinderen, (afhankelijke) familieleden, verwanten en naasten alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden die door de medewerker worden gedragen.⁵⁶

Het is niet zo dat de werknemer daarbij telkens aan kan geven wanneer hij wel kan werken en wanneer niet. In dit proces moet rekening worden gehouden met enerzijds het belang van de werkgever en anderzijds het belang van de werknemer, waarbij zij gehouden zijn zich als goed werkgever en werknemer te gedragen⁵⁷. Wanneer de werkgever reeds een belangenafweging heeft gemaakt op grond van artikel 7:611 en 7:613 en deze in het voordeel van de werkgever uitvalt, betekent dit niet dat artikel 4:1a ATW wordt geschonden⁵⁸.

4.1.2 Artikel 4:2 Arbeidstijdenwet

De werkgever die een arbeids- en rusttijdenpatroon voor zijn werknemers (opnieuw) vaststelt, dient dit zo tijdig mogelijk aan zijn medewerkers mede te delen. Welke termijn daarvoor geldt, kan bij cao zijn bepaald of, indien deze ontbreekt, in het arbeidscontract of bedrijfsreglement zijn opgenomen. Ontbreekt een bepaling over de tijdigheid, dan deelt de werkgever het arbeids- en rusttijdenpatroon ten minste 28 dagen van tevoren aan de werknemer mede.⁵⁹

⁵⁵ Artikel 4:1 Arbeidstijdenwet.

⁵⁶ Artikel 4:1a Arbeidstijdenwet.

⁵⁷ J. van Dongelen, in: Arboprof uitgebreid, commentaar op regeling ATW, Deventer: Wolters Kluwer 2007, art. 4:1a ATW (online, laatst bijgewerkt op 7 november 2007).

⁵⁸ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

⁵⁹ Artikel 4:2 Arbeidstijdenwet.

4.2 De Arbeidstijdenwet over werken op zaterdag en zondag

In de Arbeidstijdenwet is geen bepaling opgenomen die specifiek ziet op werken op zaterdag. De bepalingen uit de Arbeidstijdenwet die zien op arbeids- en rusttijden zijn wel van toepassing, net als alle andere bepalingen uit de wet. In het geval van een cao kan van enkele bepalingen uit deze wet worden afgeweken.

In de Arbeidstijdenwet is in Hoofdstuk 5 een aparte bepaling opgenomen voor arbeid op zondag: artikel 5:6 lid 1 ATW. Dit artikel bepaalt:

‘[...]De werkgever organiseert de arbeid zodanig, dat de werknemer op zondag geen arbeid verricht, behalve voor zover dat uit de aard van de arbeid voortvloeit en het tegendeel is bedongen.’⁶⁰

De hoofdregel uit lid 1 is dat geen arbeid op zondag verricht mag worden, tenzij dit uit de aard van de arbeid voortvloeit en het tegendeel bedongen is. Volgens de rechter is daarbij bepalend of de aard van het werk arbeid op zondag met zich meebrengt⁶¹. Voorbeelden daarvan zijn de zorgsector, de horeca en de politie. De rechter oordeelde in een zaak tegen de Bijenkorf dat de noodzaak voor werken op zondag in een warenhuis niet uit de aard van de arbeid voortvloeit, ook al is dit warenhuis het gehele jaar op zondag geopend.

Artikel 5:6 lid 2 ATW bepaalt:

“[...]Indien de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maken, kan van het eerste lid worden afgeweken, indien de werkgever daartoe overeenstemming heeft bereikt met het medezeggenschapsorgaan of, bij het ontbreken daarvan, met de belanghebbende werknemers. De werknemer verricht in de omstandigheden, bedoeld in de vorige zin, uitsluitend arbeid op zondag, indien hij daarmee voor dat geval instemt.”⁶²

Indien arbeid op zondag niet uit de aard van de arbeid voortvloeit, maar de bedrijfsomstandigheden arbeid op zondag noodzakelijk maken, dient de werkgever:

- Ofwel overeenstemming met het medezeggenschapsorgaan te verkrijgen.
- Ofwel overeenstemming met de belanghebbende werknemers te verkrijgen.

‘Bij bedrijfsomstandigheden gaat het vooral om bedrijfseconomische overwegingen, zoals bijvoorbeeld de rentabiliteit van de onderneming.’⁶³

⁶⁰ Artikel 5:6 lid 1 Arbeidstijdenwet

⁶¹ Rb Rotterdam (ktr) 26 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV0605.

⁶² Artikel 5:6 lid 2 Arbeidstijdenwet

⁶³ J. van Dongelen, in: Arboprof uitgebreid, Deventer: Wolters Kluwer 2007, art. 5:6 ATW (online, laatst bijgewerkt op 7 november 2007).

Indien arbeid op zondag niet uit de aard van de arbeid voortvloeit, dient de werkgever dus aan te tonen dat arbeid op zondag noodzakelijk is, gezien de bedrijfseconomische omstandigheden. Hij kan daarover overeenstemming bereiken met het medezeggenschapsorgaan of de belanghebbende werknemers. Het is echter zo dat, indien de bedrijfsomstandigheden arbeid op zondag noodzakelijk maken, daarnaast altijd individuele toestemming van de werknemer is vereist.⁶⁴ Een beroep op een collectieve arbeidsovereenkomst volstaat niet⁶⁵.

Een weigering om op zondag arbeid te verrichten, kan niet worden gezien als een weigering om te voldoen aan een redelijk voorstel van de werkgever en levert geen strijd op met artikel 7:611 BW⁶⁶. Op grond van artikel 7:670 lid 9 BW kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen, omdat de werknemer geen instemming verleent aan het werken op zondag zoals bedoeld in artikel 5:6 lid 2 ATW.

4.3.1 De rol van de ondernemingsraad: artikel 27 WOR

Iedere werkgever die ten minste vijftig werknemers in dienst heeft, is op grond van artikel 2 lid 1 van de WOR verplicht een ondernemingsraad in te stellen. Op grond van artikel 27 lid 1 WOR behoeft de werkgever instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van onder andere artikel 27 lid 1 sub b WOR: een arbeids- en rusttijdenregeling of vakantieregeling.

Indien de werkgever de arbeidstijden wil wijzigen, dient hij daarvoor dus instemming te verkrijgen van de ondernemingsraad. Daarvoor moet wel een ondernemingsraad zijn ingesteld. De werkgever die het nalaat een ondernemingsraad in te stellen, wordt daarvoor niet strafrechtelijk gesanctioneerd⁶⁷.

Indien de werkgever voor de voorgenomen arbeidstijdenregeling geen instemming van de ondernemingsraad heeft verkregen, kan hij de kantonrechter op grond van artikel 27 lid 4 WOR om toestemming vragen om het besluit te nemen. De kantonrechter geeft slechts toestemming:

- Indien de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is.
- Indien het voorgenomen besluit van de ondernemer gevergd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfs sociale redenen.

Indien een ondernemingsraad is ingesteld en de werkgever het nalaat, alvorens het besluit te nemen, instemming van de ondernemingsraad te vragen of de toestemming van de rechter te verkrijgen, kan de ondernemingsraad binnen een maand een beroep doen op de nietigheid van het besluit⁶⁸. Het beoogde rechtsgevolg treedt in dat geval niet in; de arbeids- en rusttijdenregeling heeft in dat geval als het ware nooit bestaan. Het besluit is alleen nietig indien de ondernemingsraad binnen de genoemde termijn een beroep doet op de nietigheid. Het besluit is dus niet van rechtswege nietig. Van rechtswege houdt in dat het gevolg uit zichzelf intreedt op basis van een wettelijke bepaling.

⁶⁴ Artikel 5:6 lid 2 Arbeidstijdenwet.

⁶⁵ Rb Rotterdam (ktr) 26 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV0605.

⁶⁶ Rb Rotterdam (ktr) 26 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV0605.

⁶⁷ Jellinghaus, *ArbeidsRecht* 2014/7.

⁶⁸ Artikel 27 lid 5 WOR.

4.3.2 De ondernemingsraad en de redelijkheidstoets

De instemming van de ondernemingsraad met een voorgenomen besluit van de werkgever kan ook invulling geven aan de redelijkheidstoets van het besluit. Dit kan een rol spelen bij toetsing van het besluit aan artikel 7:613 en bij toetsing aan 7:611 BW.⁶⁹

In §3.1.2 is reeds besproken dat instemming van de ondernemingsraad met het voorgenomen besluit van de werkgever het vermoeden van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever oplevert. In het wetsvoorstel ter invoering van artikel 7:613 BW was oorspronkelijk een tweede lid opgenomen. In dat lid was bepaald dat het belang van de werkgever bij het wijzigen van de arbeidsvoorwaarde wordt vermoed voldoende zwaarwichtig te zijn, indien de werkgever voor het vaststellen van de arbeidsvoorwaarde overeenstemming met de ondernemingsraad had bereikt⁷⁰.

Dit artikel is later niet in de wet opgenomen, maar de overeenstemming met de ondernemingsraad is het nog steeds van grote betekenis. In de rechtspraak wordt het zwaarwichtig belang in veel gevallen aangenomen, indien werkgever en de ondernemingsraad overeenstemming hebben bereikt over het beoogde besluit. De rechter bekijkt hoe die overeenstemming is bereikt en of de belangen van de werknemers door de ondernemingsraad tevens voldoende betrokken zijn. De werknemer kan bezwaar maken tegen het voorstel, maar met instemming van de ondernemingsraad wordt het lastiger aan te tonen dat het besluit van de werkgever niet redelijk is.

4.3.3 Wat als een ondernemingsraad ontbreekt?

Niet iedere werkgever die verplicht is een ondernemingsraad in te stellen, stelt deze ondernemingsraad ook daadwerkelijk in. In de rechtspraak is weinig bepaald over het ontbreken van een ondernemingsraad wanneer dat wettelijk is vereist. Een uitspraak waarin de rechter het ontbreken van een ondernemingsraad, ondanks dat die wettelijk verplicht was, meenam in zijn beslissing, is in onderstaande tabel opgenomen. Deze uitspraak weergeeft geen vaste regel. Naar verwachting hangt het af van de situatie en eventueel van de rechter of de het ontbreken van een ondernemingsraad, wanneer wettelijk verplicht, meeweegt in de beslissing van de rechter.

⁶⁹ Jellinghaus, ArbeidsRecht 2014/7.

⁷⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24615, 3, p. 22 (MvT).

Onderwerp van het geschil:	Verzoek tot ontbinding
De casus:	Een werknemer weigerde akkoord te gaan met het vernieuwde alcohol- en drugsbeleid dat de werkgever had ingevoerd. De werkgever was van mening dat de werknemer, wegens weigering om akkoord te gaan met het alcohol- en drugsbeleid, in ernstige mate ongeschikt was voor zijn functie. Doordat de werknemer weigerde akkoord te gaan met het nieuwe beleid van de werkgever, was er volgens de werkgever sprake van een verstoorde arbeidsrelatie. Samenwerking was volgens de werkgever niet langer mogelijk en hij vorderde de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden. De werknemer zag de noodzaak in van het alcohol- en drugsbeleid, maar hij was het niet eens met de totstandkoming van het nieuwe beleid.
Uitskomst voor de werkgever:	Negatief
Rechtsoverweging:	De rechter oordeelde in deze uitspraak dat het gezien de ingrijpende inbreuken op de privacy van de werknemers, voor de werkgever mogelijk was geweest 'een dergelijk beleid voor te leggen aan het personeel, met de mogelijkheid daarop te reageren en bezwaar te maken, alvorens het beleid door te voeren'⁷¹. De rechter merkte daarbij op dat dit des te meer gold, omdat de werkgever, ondanks dat hij zeshonderd werknemers in dienst had, geen ondernemingsraad had ingesteld. Indien de werkgever wel een ondernemingsraad had ingesteld, zou voor het vaststellen van dit besluit de instemming van de ondernemingsraad zijn vereist. De werknemer had niet in strijd gehandeld met het goed werknemerschap, noch met enige andere verplichting uit de arbeidsovereenkomst, door niet te tekenen voor het beleid zoals dat door de werkgever werd voorgesteld. De rechter wees het verzoek tot ontbinding af.
Vindplaats:	Rb Alkmaar (Ktr.) 29 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK7946.

⁷¹ Rb Alkmaar (Ktr.) 29 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK7946.

5. Het wijzigen van arbeidstijden in de praktijk

In de voorgaande hoofdstukken kwam het theoretische gedeelte van het onderzoek aan bod. Dit hoofdstuk past de theorie uit dit rapport toe op de praktijk en onderzoekt hoe en met inachtneming van welke regelgeving CB Fashion de arbeidstijden van zijn werknemers kan wijzigen.

Om een beter beeld te krijgen van de voorgenomen arbeidstijdenwijziging is een interview afgenomen bij Niek Fransen, directeur Logistiek van CB Fashion en Antony van Otterdijk, procescoördinator bij CB Fashion. Een beknopte samenvatting van dit interview is te vinden in §5.1. Na dit interview is in §5.2 een inventarisatie gemaakt van de arbeidscontracten die CB Fashion heeft gesloten met zijn werknemers. Hierbij is gekeken naar het aantal verschillende arbeidscontracten en de daarin opgenomen bepalingen omtrent arbeidstijden. §5.3 kijkt naar het aantal dienstjaren van de werknemers werkzaam op de Grasbeemd. §5.4 onderzoekt of de arbeidstijden bij CB Fashion zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. In §5.5 is vervolgens per categorie van arbeidscontracten, afhankelijk van het onderscheid tussen instructierecht en arbeidsvoorwaarde, een overzicht gemaakt van de te volgen route om arbeidstijden te wijzigen.

5.1 De gewijzigde omstandigheden bij CB Fashion

Uit het interview afgenomen bij Niek Fransen en Antony van Otterdijk is meer informatie voortgekomen over de aanleiding en noodzaak van het wijzigingsvoorstel. De uitwerking van het interview is te vinden in Bijlage 1 van dit rapport.

Aanleiding:

De aanleiding van het wijzigingsvoorstel is gelegen in het feit dat een van de grootste en meest significante klanten van CB Fashion, NA-KD, sterk is gegroeid en sterke groei verwacht in het aankomende half jaar, te weten de eerste zes maanden van 2018. De groei veroorzaakt op specifieke momenten een teveel aan werk, dat niet kan worden opgevangen met de huidige arbeidstijden. CB Fashion kan daardoor niet voldoen aan de verwachtingen van klant.

Naast organisatorische redenen is hiervoor ook een financiële reden. Op dit moment wordt het teveel aan werk opgevangen door het laten overwerken van de werknemers. Zij krijgen daarvoor een overwerkvergoeding van 150% op zaterdag en 200% op zondag. Dit zorgt voor een grote kostenpost, die niet kan worden doorberekend aan de klant, NA-KD.

Noodzaak:

Het wijzigen van de arbeidstijden bij CB Fashion is noodzakelijk. Reeds eerder zijn de werktijden bij CB Fashion gewijzigd, waardoor de werknemers werken van maandag tot en met vrijdag van 05.00 tot 23.00 uur. Ondanks verruiming van de arbeidstijden, ontstaat op specifieke momenten een teveel aan werk. Bovendien verwacht de klant in juni 2018 een groei van 125.000 orders per maand. Om aan de wensen van de klant te kunnen voldoen en deze klant te behouden, is CB Fashion genooddaakt de arbeidstijden van de werknemers aan te passen en daarmee de werkweek te verruimen.

5.2 De arbeidscontracten van CB Fashion

5.2.1 De verschillende contracten

Om een beter beeld te krijgen van het aantal verschillende arbeidscontracten dat CB Fashion heeft gesloten met zijn werknemers is in dit hoofdstuk een analyse gemaakt van deze contracten. De gegevens uit deze inhoudsanalyse zijn hieronder uiteengezet en tevens opgenomen in de tabel uit Bijlage 3.

Samen met de heer Van de Vorst, HR-manager bij CB Fashion, is onderzocht hoeveel werknemers momenteel werkzaam zijn op grond van een met CB Fashion gesloten arbeidsovereenkomst.

Op de locatie van CB Fashion op de Grasbeemd zijn momenteel 60 werknemers met een arbeidsovereenkomst werkzaam. 8 van die werknemers hebben een arbeidsovereenkomst zonder wijzigingsbeding. De overige 52 werknemers hebben een arbeidscontract met een wijzigingsbeding. Of de arbeidstijden voor deze werknemers zijn aan te merken als arbeidsvoorwaarde, wordt besproken in §5.4.

5.2.2 Wat bepalen de contracten over de arbeidstijden?

In de 8 arbeidscontracten zonder wijzigingsbeding, hierna ‘categorie A’ genoemd, is de volgende bepaling omtrent arbeidstijden opgenomen:

‘De arbeidsduur bedraagt 40 uur per week met dien verstande dat werknemer geacht wordt om indien de werkzaamheden dit vereisen, méér dan 40 uren aanwezig te zijn. Deze eventuele extra-uren worden gecompenseerd middels een tijd-voor-tijdregeling.’⁷²

In 3 van de 52 arbeidscontracten met wijzigingsbeding, hierna ‘categorie B’ genoemd, is de volgende bepaling omtrent arbeidstijden opgenomen:

“De arbeidsduur bedraagt 40 uur per week. Werknemer verplicht zich in voorkomende gevallen alle door of namens werkgever in redelijkheid op te dragen werkzaamheden te verrichten op de daarbij aangegeven locatie en daarbij alle verstrekte aanwijzingen en voorschriften in acht te nemen. Medewerker is verplicht tot het verrichten van overwerk indien de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maken.”⁷³

In de overige arbeidscontracten met wijzigingsbeding, hierna ‘categorie C’ genoemd, is de volgende bepaling omtrent arbeidstijden opgenomen:

“De arbeidsduur bedraagt 40 uur per week. Werknemer verplicht zich in voorkomende gevallen alle door of namens werkgever in redelijkheid op te dragen werkzaamheden te verrichten op de daarbij aangegeven locatie en tijdstippen en daarbij alle verstrekte aanwijzingen en voorschriften in acht te nemen. Medewerker is verplicht tot het verrichten van overwerk indien de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maken.”⁷⁴

⁷² Arbeidsovereenkomst Fashion Wheels, april 2009.

⁷³ Arbeidsovereenkomst Fashion Wheels, april 2011.

⁷⁴ Arbeidsovereenkomst Fashion Wheels, oktober 2012.

Het bedrijfsreglement maakt middels een bepaling uit het arbeidscontract onderdeel uit van het arbeidscontract. In het bedrijfsreglement is het volgende bepaald omtrent arbeidstijden:

‘De werktijden op de afdeling Warehousing worden vastgesteld op basis van verwachte orders. De bedrijfstijd wordt aangepast aan de vraag van onze klanten.’⁷⁵

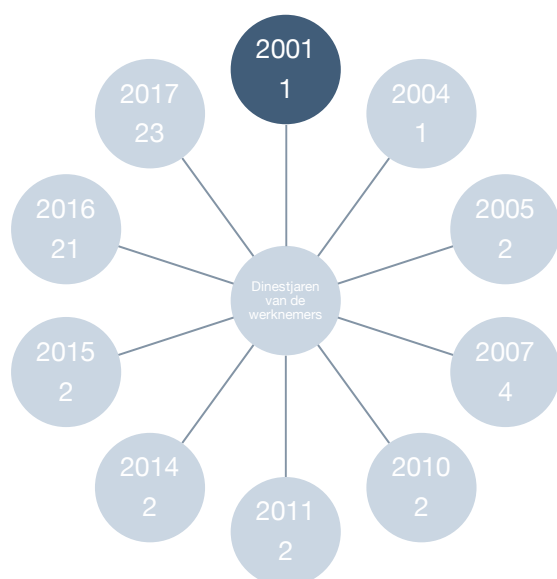
De genoemde arbeidscontracten en de bepaling uit het bedrijfsreglement van CB Fashion zijn opgenomen in Bijlage 2 van dit rapport.

5.3 Het aantal dienstjaren van de werknemers

Inmiddels is bekend hoeveel werknemers werkzaam zijn op de grasbeemd en of zij een contract hebben met of zonder wijzigingsbeding. Ook is gekeken naar de bepalingen omtrent arbeidstijden in deze arbeidsovereenkomsten.

Daarnaast is het van belang om te kijken naar het aantal dienstjaren van de werknemers. De gegevens uit deze inventarisatie zijn verwerkt in figuur 1. In tabel 1.1 zijn deze gegevens vervolgens omgezet in het aantal oplopende dienstjaren van de werknemers.

Figuur 1



Tabel 1.1

Aantal werknemers	Aantal dienstjaren
23	max. 1
21	max. 2
2	max. 3
2	max. 4
2	max. 7
2	max. 8
4	max. 11
2	max. 13
1	max. 14

⁷⁵ Bedrijfs- en Arboreglement CB Fashion BV, januari 2013.

5.4 Arbeidstijden, onderdeel van het instructierecht of van de arbeidsvoorwaarden?

Zoals in het theoretische gedeelte van dit onderzoek reeds aan bod kwam, vallen arbeidstijden in beginsel onder het instructierecht van de werkgever⁷⁶. In sommige gevallen zijn deze aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. Het onderscheid tussen het instructierecht van de werkgever en de arbeidsvoorwaarde is van belang voor de wijze waarop CB Fashion de arbeidstijden van zijn werknemers kan wijzigen. Deze paragraaf bekijkt of de arbeidstijden bij CB Fashion onder het instructierecht van de werkgever vallen, of dat deze zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden.

Arbeidstijden kunnen onderdeel van de arbeidsvoorwaarden uit gaan maken, als werkgever en werknemer een afspraak hebben gemaakt over vaste arbeidstijden, of, indien een dergelijke afspraak ontbreekt, als de arbeidstijden als gevolg van artikel 6:248 BW door tijdsverloop een verworven recht zijn geworden⁷⁷.

5.4.1 De overeengekomen bepalingen

Allereerst dient te worden bekeken of de bepalingen over arbeidstijden, opgenomen in de arbeidsovereenkomsten, een arbeidsvoorwaarde opleveren. Indien sprake wil zijn van een arbeidsvoorwaarde, dient dus een afspraak te zijn gemaakt over vaste arbeidstijden. Hieronder wordt per categorie contracten bekeken of sprake is van een dergelijke afspraak over vaste arbeidstijden.

Categorie A

De bepaling over arbeidstijden in deze categorie van arbeidscontracten bevat geen afspraak over vaste arbeidstijden. In dit artikel van de arbeidsovereenkomst wordt slechts bepaald dat de arbeidsduur 40 uur per week bedraagt.

Categorie B

De bepaling over arbeidstijden in deze categorie van arbeidscontracten bevat geen afspraak over vaste arbeidstijden. In dit artikel van de arbeidsovereenkomst wordt slechts bepaald dat de arbeidsduur 40 uur per week bedraagt en dat de werknemer zich bij het verrichten van de opgedragen werkzaamheden dient te houden aan de verstrekte aanwijzingen en voorschriften.

Categorie C

De bepaling over arbeidstijden in deze categorie van arbeidscontracten bevat ook geen afspraak over vaste arbeidstijden. In tegendeel: in dit artikel van de arbeidsovereenkomst wordt bepaald dat de werknemer verplicht is in voorkomende gevallen alle door of namens de werkgever in redelijkheid op te dragen werkzaamheden te verrichten op de daarbij aangegeven locatie en tijdstippen.

Deze bepaling impliceert als het ware dat de werkgever bepaalt om welke tijdstippen de werknemer zijn werkzaamheden verricht.

⁷⁶ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

⁷⁷ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

Het bedrijfsreglement

Ook de bepaling over arbeidstijden uit het bedrijfsreglement bevat geen afspraak over vaste arbeidstijden. De werkgever geeft met deze bepaling aan dat de werktijden van de medewerkers kunnen variëren, afhankelijk van verwachte orders en van de vraag van de klanten.

Op basis van de arbeidscontracten en het Bedrijfs- en Arboreglement dat daarop van toepassing is, kan niet worden geconcludeerd dat arbeidstijden onderdeel van de arbeidsvoorwaarden zijn

5.4.2 Arbeidstijden als verworven recht

Zoals gezegd kunnen arbeidstijden door tijdsverloop als gevolg van art. 6:248 BW een verworven recht van de werknemer zijn geworden. Indien een werknemer langere tijd op vaste dagen of tijdstippen werkzaam is, kan de werkgever hier niet zomaar wijzigingen in aanbrengen⁷⁸.

Ook vaste vrije dagen kunnen door tijdsverloop een verworven recht van de werknemer worden en zo deel uit zijn gaan maken van de arbeidsovereenkomst, al is hierover geen schriftelijke afspraak gemaakt⁷⁹.

Hoeveel tijd dient te verstrijken alvorens sprake is van een dergelijk verworven recht van de werknemer, is niet duidelijk. In de jurisprudentie is geen duidelijke lijn te vinden. In deze paragraaf is een viertal uitspraken uiteengezet, waarin de rechter heeft geoordeeld dat sprake was van een verworven recht aan de hand van het aantal dienstjaren van de werknemer.

In alle besproken uitspraken verschilt het tijdsverloop op grond waarvan de rechter aanneemt dat sprake is van een verworven recht. De kortste periode op grond waarvan de rechter oordeelde dat de arbeidstijden een verworven recht zijn geworden, bedraagt vier jaar. Omdat geen vaste grens te vinden is in deze uitspraken, geven de uitspraken slechts een indicatie⁸⁰. Het hangt af van de situatie en eventueel van de rechter of de arbeidstijden als arbeidsvoorwaarden worden beschouwd.

⁷⁸ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

⁷⁹ Hof 's-Gravenhage 23 maart 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA3481.

⁸⁰ Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46.

Onderwerp van het geschil:

Wijziging van de arbeidstijden als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden⁸¹

De casus:	Een werknemer was sinds 2002 in loondienst van de rechtsvoorganger van Stichting van Foreest. Hij verrichtte zijn werkzaamheden op basis van vaste werktijden. Hij werkte op drie dagen per week van 08.30 tot 15.00 uur en eens in de vier weken in het weekend. De werkgever heeft hem in 2004 geïnformeerd over een wijziging van de werktijden. De werknemer wenste niet in te stemmen met het aanbod van de werkgever. De werkgever heeft de werknemer op 1 november 2006 een beëindigingsvoorstel gedaan. De werknemer is hiermee niet akkoord gegaan. De werkgever heeft de rechter ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht.
Arbeidsvoorwaarde door tijdsverkoop:	Door tijdsverloop van vier jaar zijn de arbeidstijden een verworven recht geworden en onderdeel gaan uitmaken van de arbeidsvoorwaarden.
Rechtsoverweging:	Tussen partijen stond vast dat bij aanvang van het dienstverband mondeling afspraken zijn gemaakt over de door werknemer te werken uren. In december 2002 was een eerdere aanvangstijd is afgesproken. Ook stond vast dat de werknemer vanaf december 2002 tot 27 december 2006 volgens deze tijden de werkzaamheden heeft verricht. Op grond daarvan zijn de tussen de werkgever en werknemer afgesproken arbeidstijden naar het oordeel van de kantonrechter een door de werknemer verworven recht geworden.

Onderwerp van het geschil:

Wijziging van de arbeidstijden als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden⁸²

De casus:	Werkgever G4S had de roosterstructuur van zijn werknemers aangepast naar aanleiding van een opdracht van Schiphol, om er zorg voor te dragen dat met ingang van 1 december 2005 een gewijzigde beveiligingsstructuur werd ingevoerd. De werknemers van G4S waren het niet eens met de poulewijziging. Volgens de werknemers was de indeling op vaste tijdstippen, voor zover niet reeds overeengekomen bij indiensttreding, een deel gaan vormen van de arbeidsovereenkomst en was er sprake van een verworven recht.
Arbeidsvoorwaarde door tijdsverkoop:	In deze zaak is lastig te bepalen hoeveel tijd is verstreken alvorens het rooster als een verworven recht werd aangemerkt. De datum van indiensttreding van de eisers blijft onbesproken. De rechter spreekt slechts van 'jarenlang ongewijzigd'.
Rechtsoverweging:	Als onweersproken stond vast dat werknemers vanaf hun indiensttreding telkens om dezelfde, beperkte variabele begintijden waren ingeroosterd en dat hun werk op dezelfde tijdstippen bleef aanvangen. Hierop gelet diende de jarenlang ongewijzigde inroostering als een verworven recht en dus als onderdeel van de arbeidsovereenkomst met eisers te worden beschouwd.

⁸¹ Rb. 's-Gravenhage (ktr.) 1 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA3847.

⁸² Rb. Haarlem (ktr.) 31 januari 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:AZ7818.

Onderwerp van het geschil:

Wijziging van de arbeidstijden als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden⁸³

De casus:	De werknemer was sinds december 2000 in dienst bij Omroep Flevoland. Sinds 2008 had de werknemer twee vaste vrije dagen per week. De werkgever wilde in 2013 een roosterwijziging doorvoeren op grond waarvan een drie-ploegendienst ging gelden voor alle werknemers. De werknemer vorderde tewerkstelling in zijn functie met gebruikelijke werktijden en wenste twee vaste dagen vrij te behouden, te weten woensdag en donderdag.
Arbeidsvoorwaarde door tijdsverloop:	Door tijdsverloop van veertien jaar zijn de arbeidstijden in dit geval deel uit gaan maken van de arbeidsvoorwaarden. De twee vaste dagen zijn door tijdsverloop van zes jaar deel uit gaan maken van de arbeidsvoorwaarden.
Rechtsoverweging:	In de arbeidsovereenkomst tussen partijen waren de werktijden van de werknemer niet expliciet overeengekomen. Sinds indiensttreding werkte de werknemer echter op gebruikelijke werktijden. De voorzieningenrechter was van oordeel dat deze werktijden als gevolg van artikel 6:248 lid 1 BW door tijdsverloop een verworven recht waren geworden en derhalve onderdeel uitmaakten van de arbeidsvoorwaarden. Dit gold ook voor de twee vaste vrije dagen.

Onderwerp van het geschil:

Wijziging van de arbeidstijden als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden⁸⁴

De casus:	De werknemer, in dienst van de werkgever sinds 1979, was sinds 2000 werkzaam als zorg-assistent op drie avonden in de week van 18.00 tot 23.00 uur. In 2010 (tien jaar later) wilde de werkgever de arbeidstijden van de werknemer wijzigen, inhoudend dat de aanvang van de avonddienst met ingang van 1 maart 2011 zal worden vervroegd naar 15.45 uur. De werknemer was het hier niet mee eens; hij was van mening dat in dit geval sprake was van een wijziging van de arbeidsvoorwaarden.
Arbeidsvoorwaarde door tijdsverloop:	Door tijdsverloop van 11 jaar is het werkrooster deel uit gaan maken van de arbeidsvoorwaarden.
Rechtsoverweging:	De rechter oordeelde dat het vermelden van de arbeidstijden in een brief, afkomstig van haar vorige leidinggevende, onvoldoende was om te concluderen dat partijen een harde afspraak hadden gemaakt met betrekking tot vaststaande arbeidstijden waarop de werkzaamheden verricht dienden te worden. De rechter oordeelde wel dat het feit dat de werknemer gedurende zoveel jaren op basis van dit rooster had gewerkt, dit tot gevolg had dat dit werkrooster, ondanks dat hierover niets in de arbeidsovereenkomst was vastgelegd, deel was gaan uitmaken van de arbeidsvoorwaarden. Het voorstel van de werkgever werd beoordeeld op grond van artikel 7:611 BW.

⁸³ Rb. Midden Nederland (ktr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4203.

⁸⁴ Rb. Utrecht (ktr.-vzr.) 27 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ3288.

5.5 De te volgen wijzigingsroute voor CB Fashion

Op de locatie van CB Fashion op de Grasbeemd zijn zestig werknemers in dienst, waarbij, zoals blijkt uit de inventarisatie van de arbeidscontracten, een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds werknemers waarvoor de arbeidstijden onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden en anderzijds werknemers waarvoor de arbeidstijden onder het instructierecht van de werkgever vallen. Aan de hand daarvan zijn drie routes voor het wijzigen van de arbeidstijden te onderscheiden:

1. Wijzigen middels het instructierecht van de werkgever (art. 7:660 BW).
2. Wijzigen middels het wijzigingsbeding (art. 7:613 BW), arbeidsvoorwaarde.
3. Wijzigen middels het goed werknemerschap (7:611 BW), arbeidsvoorwaarde.

Een overzicht van deze routes en bijbehorende voorwaarden is te vinden in Bijlage 4 van dit rapport. In de volgende sub-paragrafen komen de drie wijzigingsroutes aan bod op grond waarvan CB Fashion de arbeidstijden van haar werknemers kan wijzigen.

5.5.1 Het wijzigen van arbeidstijden middels het instructierecht

Voor een gedeelte van de werknemers geldt dat de arbeidstijden gewijzigd kunnen worden op grond van het instructierecht, artikel 7:660 BW. Als het gaat om het wijzigen van een bepaling gegeven vanuit het instructierecht, mag de werkgever deze bepaling op grond van artikel 7:660 BW ook eenzijdig wijzigen. Dit betekent niet dat CB Fashion bij deze wijze van wijzigen van de arbeidstijden verder niet aan regels gebonden is.

Deze wijzigingsroute moet worden gevolgd voor de groep werknemers waarvoor de arbeidstijden niet zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. Vooraf dient gecontroleerd te worden of de arbeidstijden op grond van een gemaakte, concrete afspraak over arbeidstijden deel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden, of door middel van tijdsverloop als gevolg van 6:248 BW een verworven recht van de werknemer zijn geworden.

5.5.2 Het wijzigen van arbeidstijden middels het eenzijdig wijzigingsbeding

Voor een gedeelte van de werknemers kunnen de arbeidstijden onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden. In dat geval dient allereerst bepaald te worden of de werknemer een wijzigingsbeding in het arbeidscontract heeft staan. Uit de inventarisatie van de arbeidscontracten blijkt dat 52 van de 60 werknemers op de Grasbeemd een arbeidscontract heeft met een wijzigingsbeding conform art. 7:613 BW.

Deze wijzigingsroute moet worden gevolgd voor de groep werknemers met een arbeidscontract met wijzigingsbeding, waarvoor de arbeidstijden zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. Vooraf dient gecontroleerd te worden of de arbeidstijden op grond van een gemaakte, concrete afspraak over arbeidstijden deel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden, of door middel van tijdsverloop als gevolg van 6:248 BW een verworven recht van de werknemer zijn geworden.

5.5.3 Het wijzigen van arbeidstijden middels de bepaling van goed werknemerschap

Voor een gedeelte van de werknemers kunnen de arbeidstijden onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden en is in de arbeidscontracten geen wijzigingsbeding opgenomen. In dat geval komen de wijzigingswijze uit artikel 7:611 en de regelgeving uit de arresten Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet aan bod. Uit de inventarisatie van de arbeidscontracten op de Grasbeemd blijkt dat slechts in 8 van de 60 arbeidscontracten een wijzigingsbeding ontbreekt.

Deze wijzigingsroute moet worden gevolgd voor de groep werknemers met een contract zonder wijzigingsbeding, waarvoor de arbeidstijden zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. Vooraf dient gecontroleerd te worden of de arbeidstijden op grond van een gemaakte, concrete afspraak over arbeidstijden deel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden, of door middel van tijdsverloop als gevolg van 6:248 BW een verworven recht van de werknemer zijn geworden.

6. Conclusies en aanbevelingen

In dit laatste hoofdstuk van het onderzoeksrapport wordt in §6.1 een antwoord gegeven op de centrale onderzoeksvraag, die luidt:

Onder welke voorwaarden kan CB Fashion de arbeidstijden van zijn werknemers eenzijdig wijzigen, gelet op de wet, de jurisprudentie en de contracten met de werknemers?

In §6.2 worden op basis van deze conclusies de aanbevelingen gegeven.

6.1 Conclusies

Met inachtneming van onderstaande voorwaarden kan CB Fashion de werktijden van haar werknemers eenzijdig wijzigen.

De praktijksituatie

Uit het interview met Niek Franssen en Antony van Otterdijk blijkt dat CB Fashion een aanleiding heeft om de arbeidstijden van zijn werknemers te wijzigen. Die aanleiding is gelegen in de komst en de groei van zijn klant NA-KD. Het wijzigen van de arbeidstijden is noodzakelijk om een teveel aan werk op te kunnen vangen en ook om in het komende half jaar, gezien de verwachte groei, aan de wensen van NA-KD te kunnen blijven voldoen en deze als klant te behouden.

Inventarisatie

Uit de inventarisatie blijkt dat 60 werknemers op basis van een arbeidscontract met CB Fashion aldaar werkzaam zijn. Daarvan zijn er 8 contracten zonder wijzigingsbeding en 52 contracten met wijzigingsbeding.

Deze 60 arbeidscontracten zijn onder te verdelen in drie categorieën, waarin verschillende bepalingen over arbeidstijden zijn opgenomen. Uit de inventarisatie van de arbeidscontracten is ook het aantal dienstjaren van deze werknemers gebleken. Op basis van de bepalingen over arbeidstijden in de arbeidscontracten en het aantal dienstjaren van de werknemers kan worden geconcludeerd dat de arbeidstijden voor een groot gedeelte van de werknemers onder het instructierecht van de werkgever vallen.

Op grond van de bepalingen uit de arbeidscontracten is geen arbeidsvoorwaarde ontstaan, omdat daarin geen concrete afspraak is gemaakt over vaste arbeidstijden. De arbeidstijden kunnen door tijdsverloop als gevolg van 6:248 BW een verworven recht van de werknemer zijn geworden. 44 van de 60 werknemers is echter pas maximaal twee jaar in dienst. Uit de behandelde uitspraken in §5.4.2 blijkt dat de kortste periode op grond waarvan de rechter heeft geoordeeld dat sprake was van een verworven recht vier jaar bedraagt. Een periode van twee jaar of minder lijkt dan ook onvoldoende om aan te nemen dat er sprake is van een verworven recht van de werknemer.

Omdat er in de rechtspraak geen duidelijke lijn is te vinden over dit onderwerp, is het onduidelijk waar precies de grens ligt tussen het instructierecht van de werkgever en de arbeidsvoorwaarde als verworven recht. Het is aan de rechter om daar een oordeel over te geven.

Op basis van deze gegevens kan worden geconcludeerd dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de werknemers. Enerzijds zijn er werknemers waarvoor de arbeidstijden onder het instructierecht van de werkgever vallen. Anderzijds zijn er werknemers waarvoor de arbeidstijden zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. Gezien de variatie aan arbeidscontracten zijn daaruit 3 routes te onderscheiden op grond waarvan CB Fashion de arbeidstijden van zijn werknemers kan wijzigen. Daarbij is hij gebonden aan de voorwaarden zoals in dit rapport beschreven.

1. Wijzigen middels het instructierecht van de werkgever (art. 7:660 BW).
2. Wijzigen middels het wijzigingsbeding (art. 7:613 BW), indien de arbeidstijden onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden.
3. Wijzigen middels een beroep op het goed werknemerschap (art. 7:611 BW), indien de arbeidstijden onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden.

Het instructierecht

CB Fashion kan het werkrooster eenzijdig vaststellen en wijzigen, want het vaststellen van het werkrooster valt in beginsel onder het instructierecht van de werkgever. Dit instructierecht is vastgelegd in art. 7:660 BW. Dit instructierecht is niet onbegrensd. Dit instructierecht mag bijvoorbeeld niet in strijd zijn met algemeen verbindende voorschriften of afspraken die in het kader van de arbeidsovereenkomst gemaakt zijn. Valt een bepaald onderwerp onder het instructierecht van de werkgever, dan heeft de werkgever het recht om dit onderwerp eenzijdig in te voeren of te wijzigen. Instemming van de werknemers is in dat geval niet vereist. Wel dient de werkgever, ook in dit geval, zorgvuldig te handelen en zich als goed werkgever te gedragen.

Voor sommige werknemers zijn de arbeidstijden echter aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. In dat geval is CB Fashion niet zonder meer gerechtigd de arbeidstijden te wijzigen, want de arbeidsvoorwaarden maken dan deel uit van de arbeidsovereenkomst. In beginsel zijn partijen aan deze overeenkomst gebonden. Slechts met wederzijds goedvinden kunnen partijen de arbeidsovereenkomst wijzigen.

Desondanks bestaat er voor CB toch een mogelijkheid om deze arbeidstijden, die zijn aan te merken als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden, te wijzigen. De wetgever heeft namelijk voorzien in een aantal bepalingen op grond waarvan CB Fashion de arbeidstijden toch (eenzijdig) kan wijzigen. Deze bepalingen zijn te vinden in artikel 7:613, 7:611, 6:248 en 6:258 BW.

Het eenzijdig wijzigingsbeding

Uit de inventarisatie van de arbeidscontracten blijkt dat CB Fashion met 52 van de 60 werknemers een wijzigingsbeding is overeengekomen. De grondslag van dit wijzigingsbeding is te vinden in 7:613 BW. Met dit wijzigingsbeding kan CB Fashion, zo blijkt uit de memorie van toelichting, de arbeidstijden collectief wijzigen. Dit artikel stelt een aantal voorwaarden aan het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. Aan het eerste vereiste, dat het moet gaan om een schriftelijk beding, is voldaan zo blijkt uit de contractinventarisatie.

Om een geslaagd beroep te doen op het artikel zal CB Fashion daarnaast moeten kunnen aantonen dat hij zo een dusdanig zwaarwichtig belang heeft bij het wijzigen van de arbeidstijden, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Omdat er, zo blijkt uit het interview met Niek Franssen en Antony van Otterdijk, geen ondernemingsraad of enige andere vorm van personeelsvertegenwoordiging betrokken is bij het wijzigingsvoorstel, zal CB Fashion zijn zwaarwichtig belang op een andere manier

aan moeten tonen. Dit zwaarwichtig belang moet betrekking hebben op bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische omstandigheden. Slaagt CB Fashion er in de voorwaarden uit art. 7:613 BW te vervullen, dan kan CB Fashion met succes een beroep doen op het wijzigingsbeding en de arbeidstijden voor deze categorie van werknemers eenzijdig wijzigen.

De overige wijzigingsgronden

Voor de categorie van werknemers waar CB Fashion geen wijzigingsbeding mee is overeengekomen behoort een beroep op art. 7:611, 6:248 lid 2 of 6:258 BW tot de mogelijkheden. De wijzigingsgronden art. 6:248 en 6:258 BW zijn artikelen uit het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht. Art. 6:248 lid 2 BW hanteert het onaanvaardbaarheidscriterium, een zwaarder criterium dan het zwaarwichtig belang uit art. 7:613 BW. Omdat het wijzigen van arbeidstijden als arbeidsvoorwaarde in het verlengde ligt van het instructierecht van de werkgever, mag er doorgaans veel flexibiliteit van de werknemer worden verwacht. Het onaanvaardbaarheidscriterium lijkt daarom een te zwaar criterium voor dit soort veranderlijke arbeidsvoorwaarden. Ook de wijzigingsgrond art. 6:258 BW lijkt minder geschikt. Dit artikel wordt slechts bij uitzondering toegepast in de rechtspraak. Bovendien moet er, voor een geslaagd beroep op dit artikel, sprake zijn van onvoorziene omstandigheden die volgens verkeersopvatting niet voor rekening van de werkgever komen. Dit zal niet snel het geval zijn.

Wijzigen op grond van goed werknemerschap art. 7:611 BW

Een beroep op art. 7:611 BW behoort daarnaast nog tot de mogelijkheden. In het arrest Stoof/Mammoet heeft de Hoge Raad bepaald dat dit artikel, in tegenstelling tot art. 7:613 BW, voornamelijk ziet op individuele gevallen van arbeidsvoorwaardenwijzigingen. Toch zijn er ook gevallen bekend waarin de rechter de collectieve wijziging toetst aan art. 7:611 BW en de criteria uit de bijbehorende arresten. Zo blijkt onder meer uit de conclusie van de AG. Mede gelet op de flexibiliteit die bij het wijzigen van arbeidstijden van de werknemer mag worden verwacht, lijkt deze wijzigingsgrond beter geschikt dan het onaanvaardbaarheidscriterium uit art. 6:248 BW en de onvoorziene omstandigheden uit art. 6:258 BW.

Uit de contractinventarisatie blijkt dat bij 8 van de 60 werknemers geen wijzigingsbeding in het arbeidscontract is opgenomen. CB Fashion kan bij het wijzigen van de arbeidstijden van deze groep werknemers een beroep doen op het art. 7:611 BW, het goed werknemerschap. Voor een geslaagd beroep op art. 7:611 BW is CB Fashion gebonden aan de regels uit twee belangrijke arresten, te weten het arrest Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet. In het arrest Van der Lely/Taxi Hofman heeft de Hoge Raad bepaald dat de werknemer in het algemeen op redelijke voorstellen van de werkgever, die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk, positief behoort in te gaan. CB Fashion dient voor een geslaagd beroep op dit artikel aan te kunnen tonen dat er gewijzigde omstandigheden zijn, waarin hij als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van het wijzigingsvoorstel. Hij moet ook aan kunnen tonen dat dit voorstel een redelijk voorstel is en dat aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden. In dat kader moeten volgens de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. Indien de 3 criteria uit het arrest Stoof/Mammoet bevestigend kunnen worden beantwoord, is de werknemer op grond van het goed werknemerschap gehouden het voorstel van CB Fashion te accepteren.

De Arbeidstijdenwet

Uit het vorenstaande blijkt dat CB Fashion de werktijden van de werknemers kan wijzigen middels het instructierecht of middels de regels die gelden voor het wijzigen van arbeidsvoorwaarden in het algemeen. Ongeacht de wijze waarop CB Fashion zijn

arbeidstijden gaat wijzigen is hij gebonden aan de Arbeidstijdenwet. Artikel 4:1 en 4:1a Arbeidstijdenwet verplichten CB Fashion een zo goed mogelijk beleid te voeren ter zake van arbeids- en rusttijden van de werknemers en daarbij, voor zover redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid. CB Fashion dient het nieuwe arbeids- en rusttijdenpatroon op grond van art. 4:2 Arbeidstijdenwet ten minste 28 dagen van tevoren aan zijn werknemers mede te delen.

CB Fashion kan zijn werknemers verplichten om op zaterdag te werken. Voor arbeid op zondag gelden strengere regels. CB Fashion kan zijn werknemers niet verplichten om op zondag te komen werken. Uit de aard van de arbeid vloeit geen arbeid op zondag voort, zoals dat bijvoorbeeld wel is bij arbeid in de zorg of bij de politie. Bij CB Fashion maken de bedrijfsomstandigheden zondagsarbeid noodzakelijk. In dat geval heeft CB Fashion op grond van art. 5:6 lid 2 van iedere werknemer individuele instemming nodig. Een weigering om op zondag arbeid te verrichten kan, zo blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank van Rotterdam, niet worden gezien als een weigering om te voldoen aan een redelijk voorstel van de werkgever en levert geen strijd op met art. 7:611 BW.

De ondernemingsraad

Op grond van art. 27 WOR dient CB Fashion instemming te krijgen van de ondernemingsraad. Hij heeft immers meer dan 50 werknemers in dienst en is voornemens de arbeids- en rusttijdenregeling te wijzigen. Daarmee valt hij onder het bereik van art. 27 lid 1 sub b WOR. De instemming van de ondernemingsraad met het wijzigingsvoorstel kan daarnaast invulling geven aan de redelijkheidstoets van het besluit op grond van art. 7:613 en 7:611 BW. Uit het interview met Niek Franssen en Antony van Otterdijk blijkt dat er bij CB Fashion geen ondernemingsraad is ingesteld. In de rechtspraak is geen vaste lijn te vinden over de gevolgen van het ontbreken van een ondernemingsraad, daar waar instemming vereist is op grond van art. 27 WOR. In een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar heeft de rechter het ontbreken van een ondernemingsraad, en het daardoor niet verkrijgen van instemming, aan de werkgever toegerekend. Hij wees een verzoek tot ontbinding af om die reden. Het ontbreken van een ondernemingsraad kan, wanneer dit verplicht is, dus een rol spelen bij het beoordelen van de voorgenomen arbeidstijden en arbeidsvoorwaardenwijziging.

6.2 Aanbevelingen

Het is CB Fashion aan te raden de nieuwe arbeidstijden- en rusttijdenregeling tijdig, maar uiterlijk 28 dagen van tevoren aan de werknemers mede te delen.

Het is CB Fashion aan te bevelen het wijzigingsbeding in de contracten van de werknemers te behouden. Partijen zijn zo op de hoogte van de mogelijkheid van de werkgever om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De werkgever hoeft slechts aan te tonen dat hij een zwaarwichtig belang heeft en hij kan de arbeidsvoorwaarden middels deze bepaling collectief wijzigen.

Voor de categorie werknemers zonder wijzigingsbeding bestaat de mogelijkheid de arbeidstijden, die onderdeel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden, met wederzijds goedvinden te wijzigen. Indien CB Fashion de arbeidstijden met wederzijds goedvinden wil wijzigen, is het hem aan te bevelen de wijziging van de arbeidsvoorwaarden schriftelijk vast te leggen en de werknemer het document te laten ondertekenen.

Het is CB Fashion aan te raden een ondernemingsraad in te stellen. Op grond van art. 2 lid 1 WOR is hij dit immers verplicht. Belangrijker nog: voor het wijzigen van een arbeids- en rusttijdenregeling behoeft CB Fashion instemming van de ondernemingsraad.

Het is CB Fashion aan te raden, gelet op het ontbreken van een cao en het ontbreken van de ondernemingsraad, zijn werknemers op een andere wijze bij het wijzigingsvoorstel te betrekken. Voor een geslaagd beroep op art. 7:611 BW moet er sprake zijn van een redelijk voorstel, geen eenzijdige afkondiging.

CB Fashion kan zijn werknemers niet verplichten om op zondag te werken, zo blijkt uit art. 5:6 lid 2 Arbeidstijdenwet. CB Fashion behoeft individuele toestemming van iedere werknemer. Om arbeid op zondag aantrekkelijk te maken is het CB Fashion aan te bevelen een aantrekkelijke onregelmatigheidstoeslag toe te kennen. Zo heeft CB Fashion meer kans dat de werknemers instemmen met het voorstel om op zondag arbeid te verrichten.

Het is CB Fashion aan te bevelen de voorwaarden uit art. 7:613 en 7:611 BW door te nemen en in te vullen aan de hand van beschikbare gegevens, om voorbereid te zijn op eventuele rechtszaken ingesteld door werknemers.

Het is CB Fashion aan te bevelen na te denken over redelijke onregelmatigheidstoelagen, een overgangsregeling of een andere compenserende maatregel. Dergelijke compenserende maatregelen kunnen bijdragen aan de redelijkheid van het voorstel.

Het is CB Fashion aan te bevelen bij het wijzigen van de arbeidstijden het stroomschema uit Bijlage 4 te hanteren.

Bronnenlijst

Literatuur:

J. van Dongelen, in: *Arboprof uitgebreid*, Deventer: Wolters Kluwer 2007, art. 4:1a ATW, (online, laatst bijgewerkt op 7 november 2007).

J. van Dongelen, in: *Arboprof uitgebreid*, Deventer: Wolters Kluwer 2007, art. 5:6 ATW, (online, laatst bijgewerkt op 7 november 2007).

Van Dongelen, Fase & Jellinghaus 2017

J. van Dongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht*. Deel 2, Zutphen: Paris 2017.

Van Genderen, Fluit, Stefels, De Wolff 2016

D.M. van Genderen, P.S. Fluit, M.E. Stefels, D.J.B. de Wolff, *Arbeidsrecht in de praktijk*. Tiende druk, Den Haag: 2016.

Leidraad 2013

Leidraad voor Juridische Auteurs. Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandstalige publicaties, Kluwer: Deventer 2013.

E. Verhulp, in: *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 7:613 BW, (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2017).

Van Vliet & Filippo 2016

E. van Vliet, B. Filippo, *Arbeidsrecht & Reorganisatie*. Tweede druk, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016.

Vakbladen:

Huizinga, *ArbeidsRecht* 2012/46

M.A. Huizinga, 'De eenzijdige roosterwijziging en het goed werkgeverschap/werknemerschap', *ArbeidsRecht* 2012/46, afl. 10, p. 20-23.

Jellinghaus, *ArbeidsRecht* 2014/7

S.F.H. Jellinghaus, '....en toen was er geen ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2014/7, afl. 1, p. 1-10.

Klinckhamers, *ArbeidsRecht* 2000/42

J.W. Klinckhamers, 'Voorziet de imprévision', *ArbeidsRecht* 2000/42, afl. 8/9, p. 41-47.

Roozendaal, *SMA* 2007

W.L. Roozendaal, 'The Times They Are A-Changin- Wijziging Van De Arbeidstijden En Het Belang Van De Werknemer', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2007, afl. 2, p. 45.

Publicaties:

SER-advies 2005/03, p. 41.

Sociaal-Economische Raad, 'Vereenvoudiging Arbeidstijdenwet', advies 2005/03, 18 februari 2005.

Kamerstukken

Memorie van toelichting, Kamerstukken II 24 615, nr. 3.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688 (Van der Lely-Taxi Hofman).

HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (Stoof/Mammoet).

HR (civiele kamer) 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 (Van Beek/CZ).

HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570.

Gerechtshoven

Hof 's-Gravenhage 23 maart 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA3481.

Hof Amsterdam, 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7691, r.o. 2.8.

Rechtbanken

Rb Rotterdam (ktr) 26 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV0605.

Rb. Haarlem (ktr.) 31 januari 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:AZ7818.

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

Rb. Alkmaar (Ktr.) 29 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK7946.

Rb. Utrecht (ktr.) 27 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ3288.

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4203.

Rb. Rotterdam 1 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9373.