

Eenzijdige wijziging van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden



Naam schrijver : Richard Lutz
Naam afstudeerorganisatie : NobelVanToorn advocaten
Datum : 29 Mei 2012
Plaats : Tilburg

Titelpagina

Titel van de scriptie	:	Eenzijdige wijziging van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden
Naam schrijver	:	Richard Lutz
Studentnummer	:	2024304
Naam afstudeerorganisatie	:	NobelVanToorn advocaten
Naam afstudeermentor	:	mr. F.D.P. Nobel
Naam afstudeerdocent 1	:	mr. M. Boer
Naam afstudeerdocent 2	:	mr. M. Soysüren
Afstudeerperiode	:	06-02-2012 t/m 11-05-2012
Classificatie	:	Openbaar
Datum van verschijning	:	29 mei 2012
Plaats van verschijning	:	Tilburg

Voorwoord

Deze scriptie is gemaakt in het kader van mijn afstuderen aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Ik heb ervoor gekozen dit te doen bij NobelVanToorn Advocaten te Rotterdam. Hier lag geen concreet onderzoek klaar. Ik mocht daarom zelf kiezen. Tijdens de lessen arbeidsrecht was ik zeer geïnteresseerd in de mogelijkheid om arbeidsvoorwaarde(n) te mogen wijzigen. NobelVanToorn Advocaten richt zich voornamelijk op werkgevers. Zodoende kwam ik tot het onderwerp: Eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarde(n). Toen ik dit voorstelde volgden er positieve reacties van de beide advocaten. Toevalligerwijs hadden zij net een casus die hiermee te maken had. Zodoende is deze scriptie ontstaan.

Gedurende het proces van het ontwikkelen van het onderwerp en het maken van deze scriptie ben ik goed begeleid door mr. M. Boer, waarvoor ik graag mijn dank uitspreek. Vanuit de afstudeerorganisatie ben ik feitelijk door beide advocaten begeleid en is ook de andere aanwezige medewerker zeer behulpzaam geweest. Graag spreek ik daarom mijn dank ook uit naar mr. F.D.P. Nobel, mr. A. van Toorn en dhr. H.P. Hogeweg.

Auteur: Richard Lutz

Rotterdam, 29 mei 2012

Inhoudsopgave

Samenvatting	1
1 Inleiding	2
1.1 Organisatie.....	2
1.2 Aanleiding	2
1.3 Probleembeschrijving	2
1.4 Centrale vraag.....	3
1.5 Doelstelling.....	3
1.6 Deelvragen.....	3
1.7 Methoden van onderzoek.....	4
1.8 Verantwoording	4
1.9 Leeswijzer	4
2 Arbeidsvoorwaarden	5
2.1 Inleiding.....	5
2.2 Totstandkoming van arbeidsvoorwaarden	5
2.3 Soorten arbeidsvoorwaarden	7
3 Eenzijdig wijzigen met wijzigingsbeding	9
3.1 Inleiding.....	9
3.2 Wijzigingsbeding	10
3.2.1 Wetsgeschiedenis artikel 7:613 BW over wijzigingsbeding	10
3.2.2 Wet.....	11
3.3 Zwaarwichtig belang.....	11
3.3.1 Wetsgeschiedenis artikel 7:613 BW over zwaarwichtig belang	12
3.3.2 Uitleg criterium zwaarwichtig belang in de jurisprudentie	15
3.4 Eenzijdig wijzigen met wijzigingsbeding	17
3.4.1 Primaire arbeidsvoorwaarden wijzigen.....	17
3.4.2 Secundaire arbeidsvoorwaarden wijzigen.....	18
4 Eenzijdig wijzigen zonder wijzigingsbeding	22
4.1 Inleiding.....	22
4.2 Goed werkgever- en goed werknemerschap	22
4.2.1 Wetsgeschiedenis artikel 7:611 BW	22
4.2.2 Algemene regel voor eenzijdig wijzigen uit de jurisprudentie	23
4.3 Eenzijdig wijzigen zonder wijzigingsbeding	26
4.3.1 Primaire arbeidsvoorwaarden	26
4.3.2 Secundaire arbeidsvoorwaarden	28
5 Casus	31
5.1 Inleiding.....	31
5.2 Soort arbeidsvoorwaarde	31
5.3 Wijzigen met wijzigingsbeding	31
5.4 Wijzigen via artikel 7:611 BW	32
5.5 Conclusie	32
6 Conclusies en aanbevelingen	33
7 Evaluatie.....	37
Literatuurlijst	38

Samenvatting

In deze scriptie gaat het erom wanneer een werkgever eenzijdig arbeidsvoorwaarden mag wijzigen. Er zijn vier artikelen op basis waarvan de wijziging getoetst kan worden. Dit zijn de artikelen 6:258 BW, 6:248 BW, 7:611 BW en 7:613 BW. Bij eerstgenoemd artikel moet sprake zijn van een onvoorziene omstandigheid. Deze wordt niet snel aangenomen.¹ Bij artikel 6:248 BW moet de Rechter ook terughoudend de wijziging toetsen, zodat ook dit artikel niet vaak wordt toegepast.² Zodoende blijven de laatste twee artikelen over. Voornamelijk via de artikelen 7:613 BW en 7:611 BW kunnen primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd.

In hoofdstuk 3 wordt de wijziging via een wijzigingsbeding besproken van artikel 7:613 BW. Volgens dit artikel moet de werkgever een wijzigingsbeding hebben opgenomen in dezelfde overeenkomst waar de te wijzigen arbeidsvoorwaarde(n) zich bevindt. Op dat moment is er voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. Hierbij kan het van belang zijn om in het beding de mogelijk te wijzigen arbeidsvoorwaarde(n) te benoemen.³ Van het vereiste van zwaarwichtig belang is sprake wanneer de werkgever voldoende stelt en indien nodig bewijst dat er relevante bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden ten grondslag liggen aan de wijziging(en). Nadat aan de voorgaande vereisten is voldaan, gaat de rechter afwegen of de zwaarwichtige belangen voldoende zwaarwegend zijn ten opzichte van de belangen van de werknemer. Hierbij kan meespelen dat de werkgever de te wijzigen arbeidsvoorwaarde(n) in het beding heeft opgenomen. De werkgever heeft dan op voorhand het recht gereserveerd om in de toekomst de desbetreffende arbeidsvoorwaarde(n) te mogen wijzigen. Ook kan hierbij meespelen dat de Ondernemingsraad heeft ingestemd. Deze instemming vormt dan een aanwijzing van het zwaarwegende zwaarwichtig belang. Als laatste kan nog meespelen dat de werkgever compensatie heeft aangeboden voor de mogelijk te schaden belangen van de werknemer.

Op het artikel 7:611 BW van goed werknemer- en goed werkgeverschap wordt ingegaan in hoofdstuk 4. Bij dit artikel gaat het erom dat de werkgever de werknemer een voorstel moet doen aan de hand van gewijzigde omstandigheden op het werk. Deze wijziging kan van alles zijn. Het gedane voorstel moet vervolgens ook redelijk zijn. Hierbij spelen alle omstandigheden een rol.⁴ Ook moet van de werknemer gevergd kunnen worden dat hij dit redelijke voorstel aanvaardt. Hier kan de werknemer omstandigheden naar voren brengen waaruit blijkt dat aanvaarding hiervan niet van hem kan worden gevergd.

Bij het wijzigen van primaire arbeidsvoorwaarden maakt het niet uit of de werkgever een wijzigingsbeding heeft of niet.⁵ Indien deze niet is overeengekomen zal de rechter namelijk ook bij de toets via artikel 7:611 BW dezelfde maatstaf hanteren als bij artikel 7:613 BW. Bij secundaire arbeidsvoorwaarden maakt dit echter wel uit. In dit geval wordt de maatstaf van artikel 7:613 (bij aanwezigheid van een wijzigingsbeding) of de maatstaf van artikel 7:611 BW toegepast. Dat betekent dat de werkgever erbij stil moet staan dat hij ook een zwaarwichtig belang moet hebben wanneer een wijzigingsbeding is overeengekomen, welke geldt voor de te wijzigen arbeidsvoorwaarde(n). De werkgever doet er bij secundaire arbeidsvoorwaarde(n) verstandig aan om hiervoor geen wijzigingsbeding op te nemen. In dat geval geldt namelijk de maatstaf die is voortgekomen uit de arresten Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet.⁶ Hierbij kan de werkgever wijzigen zolang er rekening gehouden wordt met de belangen van de werknemer en hier een voorstel aan vooraf gaat. Hier moet wel sprake zijn van veranderde omstandigheden, maar dit is minder zwaar dan te moeten voldoen aan het zwaarwichtig belang uit artikel 7:613 BW.⁷

¹ HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493.

² Ktr. Utrecht 16 januari 2008, JAR 2008/48 en Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2001, JAR 2003/128.

³ Zie paragraaf 3.2, p. 10

⁴ HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, ro. 3.3.2.

⁵ Zie paragraaf 4.3.1, p. 26

⁶ HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 en HR 11 juli 2008, JAR 2008/204.

⁷ Zie paragraaf 4.3.2, p. 28

1 Inleiding

1.1 Organisatie

NobelVanToorn advocaten is de opdrachtgever van deze scriptie. Dit advocatenkantoor voert een Nederlandse en internationale praktijk. Het is gericht op het adviseren en bijstaan van particulieren en ondernemingen. Het kantoor is gevestigd in Rotterdam aan de Parklaan en staat voor innovatie, persoonlijke aandacht en redelijke tarieven.

Het kantoor is opgericht door mevrouw Annemarie van Toorn en de heer Patrick Nobel. Zij zijn advocaat en partner. Het kantoor heeft een algemene praktijk en heeft zich gespecialiseerd in familie- en jeugdrecht, ondernemingsrecht, overeenkomstenrecht, internationaal privaatrecht en strafrecht.

Het kantoor is nog volop in ontwikkeling en streeft ernaar om volledig mobiel te zijn. Zo maakt het o.a. gebruik van een server die overal vandaan te benaderen is en waarop alle zaken en documenten staan. Daardoor kan iedereen overal vandaan werken.

1.2 Aanleiding

Wanneer een onderneming werknemers aanneemt om toenemende werkzaamheden aan te kunnen, of om een andere reden, dan gaat men er vanuit dat men zich dit kan permitteren. Men komt arbeidsovereenkomsten overeen, waarin primaire en/of secundaire arbeidsvoorwaarden staan. Deze voorwaarden zijn overeengekomen op het moment dat de onderneming zich dit kon veroorloven. Mede gelet op de huidige omstandigheden moeten veel ondernemers alle zeilen bijzetten om de onderneming niet failliet te laten gaan en winstgevend te houden. De arbeidsvoorwaarden die destijds overeengekomen waren kunnen nu te zwaar drukken op de begroting of zijn niet meer noodzakelijk voor de uitoefening van de aanvankelijk overeengekomen werkzaamheden. Mede naar aanleiding van een zaak die bij Nobel-VanToorn Advocaten speelde, is dit onderzoek ontstaan. In Hoofdstuk 5 wordt daarom ingegaan op deze casus aan de hand van de daarvoor besproken informatie.

1.3 Probleembeschrijving

Bij het wijzigen met wederzijds goedvinden moeten de werkgever en de werknemer overeenstemming bereiken over de beoogde wijziging(en). Hierbij wordt de werknemer beschermd en is er niet veel ruimte voor de werkgever om arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De werknemer zal namelijk niet vaak geneigd zijn om hiermee in te stemmen, omdat dit veelal in zijn nadeel zal zijn. Voor werkgevers is het, zeker in deze tijd, daarom van belang dat zij, op het moment dat dit nodig is, sommige arbeidsvoorwaarden eenzijdig kunnen wijzigen.

Een eenzijdige wijziging van een arbeidsovereenkomst kan op vier manieren getoetst worden, namelijk

- 1) via artikel 6:258 BW,
- 2) via artikel 6:248 BW,
- 3) op basis van goed werkgever- / goed werknemerschap via artikel 7:611 BW of
- 4) door een eenzijdig wijzigingsbeding uit artikel 7:613 BW.

Een beroep op een wijziging van omstandigheden, als bedoeld in artikel 6:258 BW, moet zeer terughoudend worden toegepast en daarom zal deze verder niet behandeld worden.⁸ Ook de mogelijkheid van artikel 6:248 BW wordt niet behandeld in deze scriptie. Dit artikel

⁸ HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493.

moet ook zeer terughoudend getoetst worden.⁹ Dit komt doordat het moet gaan om een arbeidsvoorwaarde die in de huidige omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Vanwege de zware toetsingsmaatstaven en de terughoudendheid van de rechters worden deze artikelen nauwelijks doorstaan. Daarom is het de werkgever niet aan te raden om de wijziging te baseren op deze artikelen en worden deze artikelen niet besproken in deze scriptie.

Om eenzijdig arbeidsvoorwaarden te wijzigen moet de werkgever voldoen aan de vereisten van het artikel waar een beroep op wordt gedaan. Niet alle vereisten zijn even duidelijk, zoals zwaarwichtig belang van artikel 7:613 BW. Dit criterium is niet in de wet vastgelegd en is een open norm. Het is daarom wenselijk om een goed beeld te krijgen van wanneer er sprake is van het in de wet opgenomen criterium “zwaarwichtig belang”. Voor de werkgever is het nu niet duidelijk wanneer hij hieraan voldoet en wanneer hij met enige kans van slagen een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding kan doen. Het afspreken van een wijzigingsbeding is dan wel een goed idee, maar het is dus nog niet vanzelfsprekend dat de werkgever hier gebruik van kan maken.

Wanneer hij volgens dit artikel mag wijzigen is daarom onduidelijk, alsmede wanneer hij op grond van artikel 7:611 BW mag wijzigen. Bij laatstgenoemd artikel staan geen vereisten in de wet opgenomen, maar deze komen voort uit de jurisprudentie. Door de jurisprudentie hierover in kaart te brengen kan hierover meer duidelijkheid worden verschaft voor de werkgever.

Voor de werkgever is het daarom niet duidelijk wanneer hij eenzijdig primaire en/of secundaire arbeidsvoorwaarden mag wijzigen. Op deze onduidelijkheid geeft dit onderzoek antwoord: duidelijk wordt wanneer eenzijdig wijzigen bij de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden is toegestaan, specifiek gericht op de arbeidsvoorwaarde uit de casus. De beoogde doelgroepen van deze scriptie zijn daarom advocaten van werkgevers en de werkgevers zelf.

1.4 Centrale vraag

Binnen welke kaders van de wet, jurisprudentie en literatuur mogen werkgevers primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden van hun werknemers eenzijdig wijzigen?

1.5 Doelstelling

Uiterlijk op 29 mei 2012 zal ik voor NobelVanToorn advocaten een onderzoeksrapport opleveren waarin ik aan de hand van wet, jurisprudentie en literatuur advies geef in welke gevallen een werkgever primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen.

1.6 Deelvragen

1. Hoe kan een werkgever volgens de wet eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigen?
2. Hoe moeten de belangen van werkgever en werknemer volgens wet, kamerstukken en literatuur tegen elkaar worden afgewogen?
3. Wanneer mag een werkgever volgens de jurisprudentie de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden van een werknemer eenzijdig wijzigen?

⁹ Ktr. Utrecht 16 januari 2008, *JAR* 2008/48 en Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2001, *JAR* 2003/128.

1.7 Methoden van onderzoek

Voor dit onderzoek is gekozen voor een rechtsbronnen- en literatuuronderzoekstrategie. Hiermee zijn de bronnen geanalyseerd en vergeleken, waarna de informatie is geïnterpreteerd en opgenomen in deze scriptie.

1.8 Verantwoording

Middelen

Voor dit onderzoek bestaan de bronnen die zijn gebruikt voornamelijk uit wetgeving, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie, boeken en artikelen uit vakbladen.

Validiteit

De wet vormt de basis en is als normstellende literatuur te zien als een uiterst betrouwbare bron. Daarbij is ook gebruik gemaakt van de parlementaire geschiedenis. De jurisprudentie is eveneens zeer betrouwbaar, omdat deze uitspraken zijn afgeleid van de wet en zijn gedaan door rechters. Hier is ook de nadruk opgelegd, omdat dit onderzoek de mogelijkheden moest weergeven om te mogen wijzigen. Recente uitspraken vormen de leidraad voor een advocaat en een werkgever die wil wijzigen. Zij kunnen hierdoor direct naar deze uitspraken verwijzen.

Daarnaast is gebruik gemaakt van boeken en artikelen uit vakbladen die geschreven zijn door gezaghebbende auteurs op dit onderwerp. Door naast wetgeving en jurisprudentie ook gebruik te hebben gemaakt van boeken en artikelen is gezorgd voor goed afgewogen conclusies en advies. Daarbij zijn de onderzoekgegevens wekelijks besproken tijdens een overleg met mijn stagebegeleider. Dit heeft ervoor gezorgd dat de uitkomst valide is.

1.9 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 staat een inleidend stuk over arbeidsvoorwaarden waarbij onderscheid is gemaakt in primaire en secundaire voorwaarden. Bij hoofdstuk 3 en 4 is dit van belang, omdat hier ingegaan is op diverse jurisprudentie rond de verschillende arbeidsvoorwaarden.

In de hoofdstukken 3 en 4 worden de twee meest voor de hand liggende artikelen besproken. Op deze manier staat alle informatie per artikel in één hoofdstuk.

Daarna wordt de aanleiding van dit onderzoek, namelijk de casus, besproken. Na de hoofdstukken over de twee artikelen is het duidelijk hoe een wijziging die toetsen kan doorstaan. Daarom kan de casus daarna worden behandeld.

Het stuk sluit af met alle conclusies en aanbevelingen met betrekking tot de hoofdstukken 2, 3 en 4. Deze staan aan het einde, omdat pas na alle informatie de conclusies en de eventuele aanbevelingen kunnen worden geformuleerd.

2 Arbeidsvoorwaarden

2.1 Inleiding

Om te kunnen beoordelen wanneer men de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen moet eerst duidelijk zijn wat een werkgever zou willen en mogen wijzigen. Daarom zal in dit hoofdstuk een omschrijving worden gegeven van arbeidsvoorwaarden en wordt uitgelegd welk onderscheid er mijns inziens gemaakt dient te worden. Dit draagt bij aan de deelvragen 1¹⁰ en 3¹¹.

Wanneer kan men spreken van een arbeidsvoorwaarde? Of het nu gaat om loon, werktijden, vakantiedagen, leaseauto, functie omschrijvingen of om wettelijke- / niet-wettelijke bedingen dit zijn allemaal voorbeelden van arbeidsvoorwaarden. Naast deze voorbeelden zijn nog veel meer arbeidsvoorwaarden. Deze voorwaarden zijn heel divers en kunnen heel erg verschillen van omvang. Nu er in de wet geen omschrijving staat wat er onder verstaan wordt is hierover onduidelijkheid. In artikel 7:613 BW wordt bijvoorbeeld gesproken over het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden. In de wet is niet duidelijk omschreven wat hieronder wordt verstaan en omdat er zoveel verschillende soorten arbeidsvoorwaarden zijn is het daardoor niet duidelijk wanneer men van dit artikel gebruik kan maken.

Van Grinsven beschrijft arbeidsvoorwaarden als 'de condities waaronder het werk wordt verricht zoals loon, vakantiedagen, werktijden, reiskostenvergoeding en pensioen. Het zijn de prestaties die de werkgever verschuldigd is aan de werknemer, omdat deze zijn arbeid aan hem ter beschikking stelt'.¹² Onder deze omschrijving valt dus alles wat een werkgever afsprekt te zullen geven als tegenprestatie van de door de werknemer te leveren werkzaamheden.

Ook de SER (Sociaal-Economische Raad) heeft een definitie gemaakt van arbeidsvoorwaarden. 'Het samenstel van rechten en plichten van werkgever en werknemer tegenover elkaar ten aanzien van het verrichten van arbeid in loondienst'.¹³

2.2 Totstandkoming van arbeidsvoorwaarden

Wanneer men gaat werken worden hierover afspraken gemaakt tussen werkgever en werknemer. Deze afspraken, ook wel arbeidsvoorwaarden genoemd, kunnen worden opgenomen in een individuele arbeidsovereenkomst zodat er duidelijkheid ontstaat onder welke voorwaarden de werknemer zijn/haar arbeid verricht. Deze arbeidsvoorwaarden zijn voor iedereen anders. Dit komt omdat iedereen aan andere dingen/zaken behoefte heeft. Diegene die kinderen heeft wil bijvoorbeeld als voorwaarde dat hij halve dagen werkt of één dag vrij in de week. Een ander heeft geen kinderen, maar wil bijvoorbeeld doorstuderen en wil hierover bepaalde afspraken maken. Bij het maken van deze voorwaarden bestond hier een bepaalde behoefte aan en daarnaast wordt ook rekening gehouden met de functie. Voor het uitoefenen van sommige functies is het noodzakelijk om een bedrijfsauto ter beschikking te hebben, maar bij andere weer niet. Behoeftes aan bepaalde arbeidsvoorwaarden en de functies verschillen bij elke werknemer en daarom worden deze voorwaarden per individu afgesproken.

¹⁰ Hoe kan een werkgever volgens de wet eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigen?

¹¹ Wanneer mag een werkgever volgens de jurisprudentie de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden van een werknemer eenzijdig wijzigen?

¹² Van Grinsven 2009, p. 84

¹³ SER advies 94/06, p. 37

Naast de voorwaarden uit de *individuele arbeidsovereenkomst* kunnen deze ook gelden voor de werknemer op basis van een CAO (collectieve arbeidsovereenkomst) of in een *regeling van de werkgever* die voor elke werknemer van toepassing is. Vaak hebben bedrijven een personeelsgids of een bedrijfsreglement waarin ook enkele zaken staan waar beide partijen zich aan moeten houden. Deze worden aan de individuele arbeidsovereenkomst verbonden. Deze regelingen bestaan niet alleen uit ordevoorschriften, maar hierin kunnen ook arbeidsvoorwaarden zijn opgenomen. Op deze drie manieren kunnen arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn voor de werknemer.

Individuele arbeidsovereenkomst

Een arbeidsovereenkomst is een bijzondere vorm van een overeenkomst en komt behoudens de vereisten die volgen uit artikel 7:610 BW op dezelfde manier als een gewone overeenkomst tot stand.

Voor een “gewone” overeenkomst moet er sprake zijn van een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan (art. 6:213 BW).



Er moet dus sprake zijn van een meerzijdige rechtshandeling. Dit is een handeling met een beoogd rechtsgevolg. Iets heeft rechtsgevolg als dit verbonden is aan een rechtsfeit. Het rechtsgevolg omvat de wijziging(en) in de rechtspositie(s) of de rechtsbetrekking(en) die optreden als gevolg van dat rechtsfeit. Bij een arbeidsovereenkomst is hiervan sprake, omdat de werknemer arbeid verricht waar de werkgever loon tegenover stelt. Zodoende verrichten beide partijen rechtshandelingen waardoor deze overeenkomst ook meerzijdig is. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en aanvaarding van dit aanbod. Als dit aanbod door een wilsverklaring, die inhoudelijk overeenstemt, is aanvaard is er sprake van rechtsgeldige aanvaarding. Dit kan zowel mondeling als schriftelijk tot stand komen. Bij een arbeidsovereenkomst komen de arbeidsvoorwaarden dus tot stand wanneer de werkgever een aanbod doet welke de werknemer aanvaardt.¹⁴ Als tegenprestatie verricht de werknemer zelf de arbeid.

Hierdoor is Titel 5 van Boek 6 van toepassing op de arbeidsovereenkomst alsmede de artikelen uit Boek 7. Waarbij de artikelen uit Boek 7 de lex specialis zijn.

CAO

Bij een CAO komt de aanvaarding door de werknemer tot stand doordat de vakbond akkoord gaat met het aanbod van de vertegenwoordigers van de werkgevers. Het gaat hier om vertegenwoordigers die onderhandelen namens de werkgevers en een vakbond die namens de werknemers onderhandelt.

¹⁴ Zie ook "R.C.C. Lutz: *Aansprakelijkheid van de advocaat*, onderzoek in het kader van de opleiding d.d. 14 januari 2011, Tilburg, p. 4.

Zij moeten ervoor zorgen dat de partijen goed op de hoogte zijn van de inhoud en uitkomsten van de onderhandelingen en dat hun belangen goed worden gewaarborgd. Ook de arbeidsvoorwaarden uit de CAO komen tot stand na aanbod en aanvaarding. Ondanks dat dit niet geschiedt door de individuele partij zijn werkgever en werknemer hierdoor aan de CAO gebonden en zijn de arbeidsvoorwaarden die hieruit voortvloeien van toepassing.

Bedrijfsregeling

Hiernaast kunnen er ook nog bedrijfsregelingen van toepassing zijn. Deze komen tot stand na overleg met de Ondernemingsraad, dan wel met instemming van het personeel. Hierin kunnen ook arbeidsvoorwaarden staan. In de individuele arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar deze regeling waardoor de werknemer deze aanvaardt zodra hij zijn contract ondertekent. Het is daarom belangrijk om deze regeling, als werknemer, goed te bestuderen zodat je weet wat je aanvaardt.

Arbeidsvoorwaarden komen dus tot stand door middel van aanbod en aanvaarding. Hierbij maakt het niet uit of je dit zelf met je werkgever overeenkomt, of een vakbond dit overeenkomt of dat de werkgever een regeling heeft welke hij heeft opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Een afspraak tussen werkgever en werknemer kan een arbeidsvoorwaarde worden welke niet is opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Zo oordeelde de Rechtbank Utrecht dat een afspraak toch deel uit kan maken van de overeenkomst en een arbeidsvoorwaarde kan worden. Hierbij ging het erom dat de werkneemster gedurende ruim negen jaar volgens bepaalde tijden werkzaam was. Dat daardoor “ondanks dat hiervoor niets in een arbeidsovereenkomst is vastgelegd deel is gaan uitmaken van haar arbeidsvoorwaarden.”¹⁵

2.3 Soorten arbeidsvoorwaarden

Duidelijk is dus dat arbeidsvoorwaarden worden afgesproken als tegenprestatie van de werkgever voor de geleverde werkzaamheden van de werknemer. Deze kunnen dus verschillen van het te verdienen salaris tot een regeling voor kinderopvang. Uit deze twee voorbeelden wordt al duidelijk dat er een verschil zit in de belangrijkheid van de verschillende voorwaarden. Aangezien in artikel 7:613 BW staat dat men eenzijdig arbeidsvoorwaarden mag wijzigen kan men zich afvragen of een centrale omschrijving van arbeidsvoorwaarden wel voldoende is. Want wanneer mag een werkgever het salaris eenzijdig wijzigen en wanneer mag men een regeling over kinderopvang wijzigen? Tussen deze vragen zit een verschil dat te maken heeft met de waarde die de werknemer aan deze voorwaarde hecht. Zo zegt Zondag “Bovendien is het niet per definitie zo dat primaire arbeidsvoorwaarden voor een werknemer belangrijker zijn dan secundaire”.¹⁶ Mijns inziens klopt deze mening nu in de huidige maatschappij veelal beide ouders werken. Een werknemer die kinderen heeft en waarbij beide partners werken zal meer waarde hechten aan een goede regeling over kinderopvang dan over arbeidsuren. Bij de beoordeling of de werkgever in voldoende mate een zwaarwichtig belang heeft moet dan ook veel waarde gehecht worden aan de soort arbeidsvoorwaarde en de waarde die een werknemer aan die voorwaarde hecht.

In de literatuur spreekt men, bij de onderverdeling, veel van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden.¹⁷ Hierbij worden tertiaire arbeidsvoorwaarden ook genoemd maar deze komen, nu de scheidslijn niet geheel duidelijk is, in deze scriptie verder niet aan de orde.

¹⁵ Ktr. Utrecht 27 april 2011, *LJN*: BQ3288, r.o. 4.3.

¹⁶ Loonstra en Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 315.

¹⁷ Gundt, 2009 *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer: Uitgeverij Kluwer, 2009

Voor het onderbrengen van de diverse arbeidsvoorwaarden sluit dit onderzoek grotendeels aan bij de omschrijving die de SER heeft gegeven.

Omschrijving arbeidsvoorwaarden SER

“Als ‘primaire’ arbeidsvoorwaarden worden in ieder geval beschouwd de arbeidsduur en de loonhoogte, en meestal ook de vakantieduur en de pensioenvoorziening; tot de secundaire arbeidsvoorwaarden worden in het algemeen gerekend nadere uitwerkingen, preciseringen en detailleringen van de primaire arbeidsvoorwaarden, zoals regelingen inzake overwerk, beloningstoeslagen, en de vakantieperiode; tertiair zijn arbeidsvoorwaarden zoals onkosten- en vergoedingsregelingen.”¹⁸

Bij primaire arbeidsvoorwaarden worden op diverse websites en in boeken voorbeelden gegeven als salaris en de arbeidsduur.¹⁹ Deze tegenprestaties voor de arbeid die men verricht zijn daarom volgens van Grinsven aan te merken als arbeidsvoorwaarden. Mijns inziens kunnen deze als primair worden beschouwd omdat zij direct verband houden met de te verrichten werkzaamheden. Dit sluit ook aan bij de omschrijving van de SER. Verder ben ik van mening dat de vakantieduur en de pensioenvoorziening ook tot de primaire arbeidsvoorwaarden horen, omdat deze worden opgebouwd doordat de werknemer arbeid verricht en zo gezegd hier ook direct uit voortkomen.

Bij secundaire arbeidsvoorwaarden gaat het voornamelijk om extra beloningen van de werkgever die de werknemer naast zijn salaris kan krijgen. Hier gaat het om voorwaarden als 13^e maand, bonus, leaseautoregeling en thuiswerkfaciliteiten.

¹⁸ SER-advies 1994-06, p. 37.

¹⁹ www.rijksoverheid.nl

3 Eenzijdig wijzigen met wijzigingsbeding

3.1 Inleiding

Arbeidsvoorwaarden kunnen gemakkelijk tot stand komen. Voor de werkgever is daarom van belang om te weten of deze daarna vaststaan of dat hij ze nog mag wijzigen. Ook is duidelijk dat er onderscheid is tussen primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. Kan de werkgever beide soorten eenzijdig wijzigen of is de een makkelijker te wijzigen dan de andere?

Indien twee ondernemingen besluiten te gaan fuseren zal de nieuwe onderneming de arbeidsvoorwaarden willen harmoniseren. Mag de nieuwe onderneming dan zomaar eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigen om dit te realiseren of mag dit alleen onder bepaalde omstandigheden?

Een arbeidsovereenkomst wijzigen kan op twee manieren, namelijk met wederzijds goedvinden of via een eenzijdige wijziging. Om te beoordelen of een eenzijdige wijziging in een gegeven situatie mag zijn er vier artikelen (zie paragraaf 1.2), waarvan er twee in deze scriptie besproken zullen worden. Dat zijn de wijziging via een eenzijdig wijzigingsbeding (artikel 7:613 BW) en via goed werkgever- / goed werknemerschap (artikel 7:611 BW). In dit onderzoek moet duidelijk worden wanneer een werkgever eenzijdig een wijziging mag doorvoeren. Daarom bevindt zich in dit hoofdstuk de eerste mogelijkheid waarbij beschreven wordt wanneer dit mag.

In beginsel kan een werkgever gemaakte arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig wijzigen, maar slechts na overeenstemming met de werknemer. Wanneer de werkgever toch zonder overeenstemming wil wijzigen, kan dit alleen als hij voldoet aan bepaalde vereisten. In dit hoofdstuk wordt uiteen gezet wanneer de werkgever primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen als er sprake is van een wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW. Dit is het artikel waar de werkgever aan moet voldoen en luidt als volgt:

“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.”²⁰

Volgens dit artikel moet aan twee vereisten worden voldaan om toetsing aan dit artikel te doorstaan. In de volgende paragraaf worden de vereisten van het wijzigingsbeding behandeld. Hierin wordt ingegaan op de wetsgeschiedenis alsmede op het artikel zelf waardoor het een gedeeltelijk antwoord geeft op deelvraag 1.²¹ Daarna wordt ingegaan op het vereiste dat de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang moet hebben dat het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (zie paragraaf 3.3). Verder volgens staat in paragraaf 3.4 jurisprudentie waaruit verschillende mogelijke wijzigingen naar voren komen. Dit heeft betrekking op deelvraag 2.²²

²⁰ Artikel 7:613 BW.

²¹ Hoe kan een werkgever volgens de wet eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigen?, p. 8.

²² Wanneer mag een werkgever volgens de jurisprudentie de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden van een werknemer eenzijdig wijzigen? p. 8.

3.2 Wijzigingsbeding

In deze paragraaf staat beschreven hoe de werkgever aan dit vereiste kan voldoen. Deze paragraaf draagt bij aan de beantwoording van deelvraag 1 doordat dit ingaat op de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging via artikel 7:613 BW.²³

3.2.1 Wetsgeschiedenis artikel 7:613 BW over wijzigingsbeding

Uit de toelichting van het wetsvoorstel van de Kamerleden Schimmel en Middel kan men opmaken wat bedoeld wordt met een schriftelijk beding. Hiermee wordt namelijk een wijzigingsbeding bedoeld dat als formele eis heeft dat deze schriftelijk in de arbeidsovereenkomst zelf moet zijn overeengekomen.²⁴ Dit vonden de Kamerleden Schimmel en Middel belangrijk uit het oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid, omdat het artikel zelf geen formele eisen stelt aan het wijzigingsbeding.

“Uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid dient aan het beding zelf de formele eis te worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen.”²⁵

Door in de arbeidsovereenkomst het wijzigingsbeding op te nemen maakt de werknemer, bij het ondertekenen van de overeenkomst, kenbaar dat hij hiervan op de hoogte is. Daardoor staat gelijk ook vast dat een werkgever bevoegd is om van dit beding gebruik te maken. Zodoende is in het uiteindelijke artikel opgenomen dat er sprake moet zijn van een schriftelijk beding welke in de arbeidsovereenkomst zelf moet zijn opgenomen.

De reden voor Schimmel en Middel dat dit in de arbeidsovereenkomst zelf moet zijn opgenomen vanwege rechtszekerheid en kenbaarheid vind ik onvoldoende. Waarom zou er alleen dan hieraan worden voldaan? Immers, ook een CAO is van toepassing voor de werknemer als dit in de individuele arbeidsovereenkomst is bepaald. Hierdoor zijn het wijzigingsbeding en alle andere regelingen die in de CAO staan ook van toepassing en mag er daarom gebruik gemaakt worden van het wijzigingsbeding. Ditzelfde geldt voor een bedrijfsregeling waarnaar wordt verwezen in een individuele arbeidsovereenkomst.

Van Slooten vindt dat op basis van de wettekst en de hiervoor genoemde wetswijziging moet worden geconcludeerd dat het wijzigingsbeding aan het schriftelijkheidsvereiste voldoet wanneer deze in de individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen.²⁶ Een algemene regeling uit een CAO of een regeling die is overeengekomen met een Ondernemingsraad gaat voor op een regeling uit de individuele arbeidsovereenkomst. Om deze reden zijn er meerdere schrijvers die van mening zijn dat het wijzigingsbeding ook geldig is als dit in een CAO of in een regeling is opgenomen die in de individuele arbeidsovereenkomst staat vermeld.²⁷ Verder blijkt uit jurisprudentie dat wanneer een collectieve regeling is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst, een eventueel wijzigingsbeding uit die regeling voldoende is, zeker wanneer de wijziging betrekking heeft op een voorwaarde uit de desbetreffende regeling. De Hoge Raad heeft daarover bepaald dat in zo een situatie voldoende is tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid als bedoeld in het wetsvoorstel van de Kamerleden Schimmel en Middel.²⁸

²³ Hoe kan een werkgever volgens de wet eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigen?

²⁴ Kamerstukken II, 1996/97, 24615, nr. 15.

²⁵ Kamerstukken II, 1996/97, 24615, nr. 15.

²⁶ J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 49.

²⁷ Loonstra en Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 312.

²⁸ HR 18 maart 2011, *NJ* 2011, 680, r.o. 3.6.4.

Mijns inziens strookt het uitgangspunt van de Hoge Raad met de gedachte waaruit het schriftelijkheidsvereiste is ontstaan. Hier moet wel de kanttekening bij worden geplaatst worden dat het wijzigingsbeding in dezelfde overeenkomst moet staan als de te wijzigen arbeidsvoorwaarde. Het uitgangspunt van Slooten van destijds (in het jaar 1999) is inmiddels dan ook achterhaald.

3.2.2 Wet

Volgens artikel 7:613 BW moet de werkgever een schriftelijk beding hebben opgenomen. In het artikel staat dus verder niet waar dit beding moet zijn opgenomen of hoe deze moet luiden. In het artikel staat, voor zover voor het wijzigingsbeding van belang, het volgende:

“een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen.”²⁹

Er moet dus een beding zijn dat schriftelijk is vastgelegd, waaruit blijkt dat de werkgever bevoegd is (bepaalde) arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Tevens moet dat beding zijn opgenomen in de arbeidsovereenkomst of in een andere regeling waarin de arbeidsvoorwaarden die de werkgever wil wijzigen, zijn opgenomen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit noodzakelijk is omdat aldus aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid wordt voldaan³⁰. Op die manier is het duidelijk voor de werknemer dat de arbeidsvoorwaarden niet altijd zo hoeven te blijven zoals zij op het moment van tekenen van de arbeidsovereenkomst in de arbeidsovereenkomst waren opgenomen. De werkgever heeft immers het recht gereserveerd om deze voorwaarden eventueel te wijzigen. Verder kent het beding geen formele eisen volgens de wet en de formulering van een wijzigingsbeding is daarom vormvrij.

Voorbeeld hoe een wijzigingsbeding geformuleerd kan zijn:

“Artikel 19: Wijzigingsbeding

De werkgever is bevoegd een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen, mits 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.”³¹

Wel moet hierbij worden opgemerkt dat het specificeren van de arbeidsvoorwaarden die door zo'n beding eventueel gewijzigd kunnen worden, bijdraagt aan het kenbaarheids- en rechtszekerheidsvereiste. Dit zou mijns inziens kunnen bijdragen aan het belang dat de werkgever heeft om deze arbeidsvoorwaarden in de toekomst te mogen wijzigen, wanneer het bijvoorbeeld slechter gaat met de onderneming. Zodoende erkent de werkgever dat de huidige arbeidsvoorwaarden nu mogelijk zijn door de gezonde situatie waar men in verkeert, maar dat dit in de toekomst wel een (te) grote post kan worden wanneer dit in stand zou blijven bij een slechte(re) financiële toestand of om andere belangrijke redenen.

3.3 Zwaarwichtig belang

In deze paragraaf wordt het tweede vereiste uit artikel 7:613 BW uitgelicht. Deze paragraaf gaat hierbij in op deelvraag 1³² en deelvraag 2³³.

Uit artikel 7:613 BW valt op te maken dat de werkgever, naast het schriftelijkheidsvereiste van een wijzigingsbeding, aan nog een vereiste moet voldoen voordat hij een wijziging op dit artikel mag baseren.

²⁹ Artikel 7:613 BW.

³⁰ Kamerstukken II, 1996/97, 24615, nr. 15.

³¹ Voorbeeld uit een arbeidsovereenkomst van NobelVanToorn Advocaten.

³² Hoe kan een werkgever volgens de wet eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigen?, p. 8.

³³ Hoe moeten de belangen van werkgever en werknemer volgens wet, kamerstukken en literatuur tegen elkaar worden afgewogen? P. 8.

De werkgever moet aantonen dat hij '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'.

Wanneer sprake is van voldoende zwaarwegend zwaarwichtig belang is niet in de wet opgenomen en is dus een open norm. Om een beter beeld te geven wanneer aan dit criterium is voldaan wordt eerst uiteengezet wat de wetgever beoogd heeft met dit artikel en hoe de wetgever tot deze norm is gekomen (zie paragraaf 3.3.1). In diverse uitspraken van verschillende Rechters wordt hierover meer uitleg gegeven en dit staat weergegeven in paragraaf 3.3.2.

3.3.1 Wetsgeschiedenis artikel 7:613 BW over zwaarwichtig belang

Allereerst een korte schets van de problemen die aanleiding vormden voor de totstandkoming van artikel 7:613 BW.

Arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld in individuele arbeidsovereenkomsten en CAO's, maar ook in bedrijfsregelingen welke vaak zijn opgenomen in personeelsgidsen. Deze bedrijfsregelingen kunnen de invulling of aanvulling van de op de onderneming toepasselijke CAO betreffen. Tevens kunnen deze bedrijfsregelingen worden opgesteld bij ondernemingen die niet onder de werkingssfeer van een CAO vallen.³⁴ Bij het vaststellen van de laatstgenoemde regelingen hebben werknemers noch de Ondernemingsraad invloed. Zodra een werkgever een dergelijke bedrijfsregeling heeft opgesteld wordt de werknemer gebonden doordat er in zijn arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding en wijzigingsbeding zijn opgenomen. Nu de werknemers wel gebonden werden zonder enige inbreng hierin was er een situatie ontstaan waarbij werkgevers eenvoudig eenzijdig verschillende arbeidsvoorwaarden konden wijzigen.

Om dit probleem op te lossen / tegen te gaan beoogde de wetgever met deze wijziging om het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden terug te dringen. In 2.3.3 van de memorie van toelichting bespreekt men het nieuwe artikel 7:613 BW.³⁵ In deze memorie van toelichting worden drie situaties geschetst waarin de werkgever eenzijdig mag wijzigen volgens artikel 7:613 BW. Deze voorbeelden kan men zien als handvatten hoe men dit artikel zou moeten hanteren. Het eerste voorbeeld is er één waarbij de wijziging voldoet aan de criteria uit het vernoemde artikel wanneer de regeling van arbeidsvoorwaarden uit een CAO voortkomt.³⁶

Volgens dit voorbeeld kan een wijziging in de arbeidsvoorwaarden blijven staan wanneer deze is opgenomen in een CAO en deze vervolgens in de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard en tot slot moet er ook een wijzigingsbeding zijn. Zodoende is in zo een geval altijd sprake van voldoende zwaarwegend zwaarwichtig belang.

Bij het tweede voorbeeld dat de wetgever aangeeft voldoet een werkgever aan het zwaarwegend belang, om een arbeidsvoorwaarde eenzijdig te mogen wijzigen, als de Ondernemingsraad akkoord is gegaan met de aangepaste regeling.

Voorbeeld wijzigen met instemming van de Ondernemingsraad:

“Als er een akkoord bestaat tussen Ondernemingsraad en ondernemer over een regeling van arbeidsvoorwaarden is evenzeer voldaan aan het rechtsvermoeden van het «zwaarwichtig belang» en kan de werkgever in beginsel een beroep doen op het wijzigingsbeding. De werknemer kan zich daartegen verzetten als die toepassing te zijnen aanzien naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De vaststelling van wat redelijk en billijk is dient in deze situatie anders gewogen te worden dan in de situatie dat de arbeidsvoorwaardenregeling voortvloeit uit een CAO. De werknemer kan zich – anders gezegd – in het algemeen sneller onttrekken aan de

³⁴ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 20.

³⁵ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 22.

³⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 23.

toepassing van het wijzigingsbeding ingeval die toepassing ziet op overeenstemming tussen ondernemer en Ondernemingsraad dan ingeval het wijzigingsbeding ertoe strekt de (ongeorganiseerde) werknemer te binden aan een CAO. Immers, in het laatste geval legt de grote maatschappelijke betekenis van de CAO in termen van redelijkheid en billijkheid meer gewicht in de schaal.³⁷

Hier komt naar voren dat de wetgever het vermoeden van de aanwezigheid van zwaarwichtig belang aanneemt indien de Ondernemingsraad heeft ingestemd met de wijziging. Wel staat het de werknemer vrij zich hiertegen te verzetten wanneer dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hieruit kan afgeleid worden dat een eenzijdige wijziging niet vaststaat als de Ondernemingsraad heeft ingestemd met de wijziging. De redelijkheidstoets moet ook dan nog steeds worden toegepast. Dit is wel anders wanneer een CAO van toepassing is. In dat geval weegt de aanwezigheid van een CAO zwaarder vanwege zijn grote maatschappelijke betekenis.

In het geval er sprake is van een collectieve wijziging kan men zich afvragen of er bij toestemming van de Ondernemingsraad automatisch sprake is van voldoende zwaarwichtig belang? In de memorie van toelichting op artikel 7:613 BW staat nog dat het artikel twee leden zou moeten gaan krijgen. In het tweede lid stond het volgende:

“het belang van de werkgever wordt vermoed voldoende zwaarwichtig te zijn als de regeling van arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende CAO dan wel is vastgesteld in overeenstemming met de Ondernemingsraad.”³⁸

De werkgever zou dan wettelijk gezien een zwaarwichtig belang hebben als de gewijzigde regeling tot stand is gekomen via een regeling uit een CAO die van toepassing is op de onderneming. Deze moet wel tevens geïncorporeerd zijn in de individuele arbeidsovereenkomst. Daarnaast zou de werkgever wettelijk gezien een zwaarwichtig belang hebben wanneer de regeling is vastgesteld door overeenstemming met de Ondernemingsraad. In dit geval wordt geacht dat de werkgever een zwaarwichtig belang heeft en mag hij op basis van artikel 7:613 BW de arbeidsvoorwaarden eenzijdig wijzigen.

‘Als er een akkoord bestaat tussen Ondernemingsraad en ondernemer over een regeling van arbeidsvoorwaarden is evenzeer voldaan aan het rechtsvermoeden van het «zwaarwichtig belang» en kan de werkgever in beginsel een beroep doen op het wijzigingsbeding.»³⁹

Dit betekent echter niet dat de wetgever hiermee heeft bedoeld dat het zwaarwegend belang daarmee zodanig is dat het automatisch prevaleert boven het belang van de werknemer. ‘De werknemer kan zich daartegen verzetten als die toepassing te zijnen aanzien naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’⁴⁰ Dit zou betekenen dat de rechters deze toestemming wel moeten laten meewegen in hun besluitvorming maar dat er nog steeds moet worden gekeken of het belang van de werknemer eventueel zwaarder weegt.

Dit tweede lid is tijdens de parlementaire behandeling uit het wetsvoorstel gehaald.⁴¹ Zodoende zou de rechter dit dus niet hoeven mee te wegen als hij gaat beoordelen of er sprake is van zwaarwichtig belang. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter hier wel degelijk waarde aan hecht en dit meeneemt in zijn beslissing.⁴²

³⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 24.

³⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 22.

³⁹ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 24.

⁴⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 24.

⁴¹ Kamerstukken II 1997/98, 24615, nr. 81a, p. 9.

⁴² Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *L/N* BP7701, r.o. 4.8.

Nu de vorige situaties vooral spelen bij grotere organisaties en bij ondernemingen die verbonden zijn aan CAO's heeft de wetgever nog een derde mogelijkheid geschetst in de memorie van toelichting. In dit voorbeeld gaat het om een werkgever die arbeidsvoorwaarden wil wijzigen waarbij geen CAO van toepassing is en ook geen Ondernemingsraad aanwezig is.

Voorbeeld zwaarwichtig belang zonder toepassende CAO of besluit van een Ondernemingsraad:

"Als geen CAO van toepassing is noch een Ondernemingsraad is ingesteld – en er dus over de arbeidsvoorwaarden geen countervailing power aan werknemerszijde is – kan de werkgever slechts gebruik maken van wijzigingsbedingen als hij aantoonst dat anderszins sprake is van een zwaarwichtig belang. Gezien het uitgangspunt dat arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig worden gewijzigd, zal het daarbij in het algemeen moeten gaan om zwaarwegende bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden die tot wijziging van arbeidsvoorwaarden noodzakelijk zijn. Anders gezegd: hij dient aan te tonen dat sprake is van zodanige omstandigheden dat toepassing van de ongewijzigde regeling van arbeidsvoorwaarden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor hem onaanvaardbaar is. Dit geldt ook indien ondernemer en Ondernemingsraad geen overeenstemming hebben bereikt over de wijziging van de regeling van arbeidsvoorwaarden."⁴³

Bij zwaarwegende bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden geeft de wetgever in de kantlijn het volgende voorbeeld:

"Te denken valt aan de situatie dat een werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert. Het niet kunnen wijzigen van een onkostenregeling zal dan onder omstandigheden voor de werkgever in redelijkheid niet aanvaardbaar zijn."⁴⁴

Hieruit blijkt dat de werkgever moet aantonen dat er een dergelijke situatie is ontstaan dat het onaanvaardbaar is om de arbeidsvoorwaarden ongewijzigd te houden. De bewijslast ligt dus bij de werkgever. De reden hierachter is dat de werknemer in dit geval niet beschikt over een 'countervailing power'. Hiermee bedoelt de wetgever dat de werknemer niet vertegenwoordigd wordt door een vakbond of Ondernemingsraad en daarom minder sterk staat wanneer de werkgever besluit een eenzijdige wijziging door te voeren.

De wetgever geeft een voorbeeld van een omstandigheid waarin het onaanvaardbaar zou zijn als de werkgever niet zou kunnen wijzigen. Het moet gaan om een bedrijf dat zulke financiële problemen heeft dat gevreesd moet worden voor de continuïteit van de onderneming. Wanneer een werkgever vervolgens door deze omstandigheid moet reorganiseren dan kan men spreken van voldoende zwaarwichtig belang om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Als de werkgever besluit om te fuseren met een andere onderneming door de aanwezigheid van zware financiële omstandigheden kan de werkgever de voorwaarden van de werknemers van de beide ondernemingen harmoniseren. Zodoende kan de werkgever de scheve verhouding die is ontstaan rond de arbeidsvoorwaarden gelijk trekken. Hieruit kan worden opgemaakt dat onder andere omstandigheden een fusie niet kan leiden tot voldoende zwaarwichtig belang om arbeidsvoorwaarden te harmoniseren. Daarmee ligt de lat om te voldoen aan het zwaarwegend belang hoog. In de volgende paragraaf wordt een voorbeeld omschreven uit de jurisprudentie waarin deze lijn is gevolgd.⁴⁵

Nu deze situaties vooral ingaan op arbeidsvoorwaarden die voor meerdere werknemers worden gewijzigd, kan men zich afvragen of dit artikel slechts bij collectieve wijzigingen kan worden toegepast. In de kamerstukken over het wijzigingsbeding wordt vooral gesproken over het collectief en wordt niet te veel ingegaan op de individuele situaties. Zo spreekt men over een wijziging door middel van een CAO of met toestemming van de Ondernemingsraad. Dit impliceert dat het gaat om regelingen die voor meerdere werknemers gelden en niet zo-

⁴³ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 24.

⁴⁴ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 24.

⁴⁵ Ktr. Haarlem 9 februari 2012, *L/N*: BV3628.

zeer zou gaan om arbeidsvoorwaarden die met de individuele werknemer zijn overeengekomen. Deze lijn wordt in het Mammoet arrest niet gevolgd.⁴⁶ Hierin zegt de Hoge Raad dat artikel 7:613 BW 'veeleer' is bedoeld voor de gevallen waarin de werkgever op voorhand zich het recht wilde voorbehouden om arbeidsvoorwaarden van meerdere werknemers te wijzigen. Hiermee worden individuele wijzigingen niet uitgesloten en kan dit artikel dus ook daarvoor worden toegepast.

3.3.2 Uitleg criterium zwaarwichtig belang in de jurisprudentie

Zoals eerder is aangehaald heeft artikel 7:613 BW nog een criterium waaraan voldaan moet worden wil de werkgever hiervan gebruik mogen maken. Hierbij wordt niet aangegeven wanneer hieraan voldaan wordt. In de tekst van het artikel staat geformuleerd dat het zwaarwichtig belang zodanig moet zijn dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Door deze open norm bestaat er veel onduidelijkheid over wanneer het geschade belang van de werknemer daadwerkelijk moet wijken.

Wanneer het zwaarwichtig belang voldoende zwaarwegend is wordt in diverse arresten/vonnissen uitgelegd. Het zwaarwichtige belang wordt daarna afgewogen ten opzichte van het belang van de werknemer en dan wordt er gekeken of het wijzigen op basis hiervan redelijk is. Daarbij kan op basis van de Kamerstukken als maatstaf worden genomen dat er in beginsel zwaarwichtig belang is wanneer de wijziging is gerealiseerd door middel van een CAO, er toestemming is van de Ondernemingsraad of dat er sprake is van bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden. Deze belangen moeten echter wel gesteld en indien nodig worden bewezen. Instemming met de wijziging door de Ondernemingsraad is een aanwijzing voor het zwaarwichtig belang, maar dit feit alleen is niet voldoende. Deze toestemming vormt zodoende voor de rechter, conform de wetsgeschiedenis, slechts een aanleiding dat er sprake zal zijn van een zwaarwichtig werkgeversbelang. Bij de andere twee gevallen is hier wel sprake van.



Hierna wordt het belang nog wel afgewogen tegen de belangen van de werknemer. Zo kan het zijn dat het zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever aanwezig is, maar dat de wijziging toch niet voldoet aan artikel 7:613 BW. Het blijft daarom een open norm waarbij alle omstandigheden moeten worden meegewogen om te kijken of het zwaarwichtige belang voldoende zwaarwegend is. Zoals Gundt zegt fungeert het criterium zwaarwichtig belang als een hefboom, bij voldoende zwaarte mag er gebruik worden gemaakt van het wijzigingsbeding.⁴⁷ Anders gezegd moet er sprake zijn van voldoende zwaarwegend zwaarwichtig belang om te mogen wijzigen aan de hand van artikel 7:613 BW. Wanneer het voldoende zwaarwegend is hangt af van alle omstandigheden van het geval. Dit wordt onderzocht in de jurisprudentie welke hieronder wordt besproken.

In het arrest FNV Bondgenoten / Athlon Car Lease Nederland B.V. (verder te noemen: Athlon) werd duidelijk dat de Rechtbank Haarlem ook alle omstandigheden tegenover elkaar afweegt.

Athlon ging op enig moment fuseren met de Lage Landen en wilde daarom de leaseautoregeling harmoniseren.⁴⁸ Deze fusie kwam niet tot stand doordat de beide of één van beide ondernemingen in financiële problemen zat(en). Deze harmonisatie zou betekenen dat werknemers die nu recht hebben op een leaseauto na de wijziging er geen recht meer op zouden hebben. In sommige gevallen was er sprake van een wijzigingsbeding en daarom heeft de Rechtbank zich hierover uitgesproken. Het ging erom of het harmoniseren van de

⁴⁶ HR 11 juli 2008, L/N: BD1847.

⁴⁷ N. Gundt, "Art. 7:613 BW als rechtsgrondslag voor wijziging van (kern)arbeidsvoorwaarden?", TRA aflevering 3 maart 2009.

⁴⁸ Ktr. Haarlem 9 februari 2012, L/N: BV3628.

arbeidsvoorwaarden is aan te merken als voldoende zwaarwichtig belang, zoals bedoeld in artikel 7:613 BW, om eenzijdig te mogen wijzigen. De Rechtbank nam in zijn overweging mee dat de fusie niet door zware financiële problemen tot stand was gekomen. “Het feit dat Athlon de arbeidsvoorwaarden wenst te harmoniseren is onvoldoende zwaarwegend. Dat er verschillen zijn tussen de arbeidsvoorwaarden omdat zij van verschillende ondernemingen afkomstig zijn, dwingt niet tot harmonisatie, maar is een logisch gevolg van de fusie.”⁴⁹

Bij deze uitspraak komt de terughoudende lijn, welke de wetgever heeft bedoeld met dit artikel, duidelijk naar voren. Hier was bijvoorbeeld geen sprake van voldoende zwaarwichtig belang om eenzijdig te mogen wijzigen. De reden hiervoor was het feit dat hier geen sprake was van een noodgedwongen fusie. De financiële nood ontbrak en hierdoor werd alleen nog gekeken naar de reden dat de werknemers van verschillende ondernemingen afkomstig zijn en dat Athlon daarom de arbeidsvoorwaarden wilde wijzigen. Dit belang is logischerwijs onvoldoende om naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid te prevaleren boven het belang van de werknemers. Dit wisten de beide ondernemingen immers al voor de fusie. Zodoende oordeelde de Rechtbank dat Athlon onrechtmatig had gehandeld door de leaseautoregeling eenzijdig te wijzigen.

De kantonrechter van Utrecht was van mening dat het met de gewijzigde regeling instemmen door de Ondernemingsraad een aanwijzing vormt dat hieraan een zwaarwichtig ondernemersbelang ten grondslag ligt.⁵⁰ De Ondernemingsraad heeft in deze onderzoek gedaan en overleg gevoerd met de werkgever. Hieruit kwam de Ondernemingsraad tot de conclusie dat de belangen van de werkgever in deze situatie zwaarder wegen dan die van de werknemers en heeft haar toestemming verleend.

Een eerste indruk kan de gedachte wekken dat de rechter hier teveel waarde hecht aan het feit dat de Ondernemingsraad heeft ingestemd. Dit is wel in de lijn van het uit het wetsvoorstel genoemde lid 2 van artikel 7:613 BW,⁵¹ maar deze is geschrapt en daarom niet terug te vinden in de wet. Men kan zich daarom afvragen in hoeverre de rechter hier op een correcte manier invulling heeft gegeven aan het zwaarwichtig belang. Een blik op de memorie van antwoord doet deze gedachte veranderen. Hieruit blijkt namelijk dat de rechter terecht veel waarde hecht aan de toestemming van de Ondernemingsraad. Het schrappen van het tweede lid neemt namelijk niet weg dat de toestemming van de Ondernemingsraad een rol kan spelen bij het beoordelen of er voldoende zwaarwichtig belang is om te mogen wijzigen.⁵²

Verder zegt de rechter nadrukkelijk dat de toestemming van de Ondernemingsraad slechts een aanwijzing vormt en daarmee het zwaarwichtig belang van de werkgever dus nog niet vaststaat. Toch heeft de rechter in deze geoordeeld dat het belang van de werkgever zwaarder was dan de belangen van de werknemers. Het verdere oordeel zal in paragraaf 3.4 worden besproken in verband met de te maken afweging.

In een andere uitspraak acht het Hof van 's-Hertogenbosch onvoldoende zwaarwichtig belang aanwezig om eenzijdig de leaseautoregeling te mogen wijzigen.⁵³ Hierin oordeelde het Hof dat het aanwezige financiële belang van FM Advies B.V. (hierna te noemen: FM Advies) onvoldoende zwaarwegend is om de leaseautoregeling met onmiddellijke ingang stop te zetten. Het Hof gaf aan dat het niet onredelijk is om in het licht van een goede bedrijfsvoering de leaseautoregeling stop te zetten. Echter heeft FM Advies onvoldoende laten meewegen dat het privégebruik van de auto als beloningscomponent diende.⁵⁴ Door het niet bieden van compensatie voor het verlies van deze beloningscomponent acht het Hof dat FM Advies, bij afschaffing van deze regeling, onvoldoende zwaarwichtig belang heeft dat daarvoor het belang van de werkneemster aan de hand van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hierbij wordt een redelijke vergoeding per maand als voorbeeld gegeven als een zodanige compen-

⁴⁹ Ktr. Haarlem 9 februari 2012, *LJN*: BV3628, r.o. 16.

⁵⁰ Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *LJN* BP7701.

⁵¹ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 22.

⁵² Kamerstukken II 1997/98, 24615, nr. 81a, p. 9.

⁵³ Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, *LJN*: BV0736

⁵⁴ Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, *LJN*: BV0736, r.o. 7.6.2.

satie. Dit kan eventueel met een afbouwend karakter. Hierdoor zou de werkgever wel voldoende rekening hebben gehouden met de belangen van de werknemer. In het geval de werkgever dit zou hebben voorgesteld zou het Hof oordelen dat de aanwezige zwaarwichtige financiële belangen van de werkgever wel zwaarder wegen dan de belangen van de werknemer.

Dit blijkt ook uit de uitspraak van het Hof in Arnhem.⁵⁵ Het UWV wilde een leaseautoregeling wijzigen waardoor deze regeling alleen nog voor buitendienstmedewerkers zou gelden. Het UWV had in haar verweer aangetoond dat zij een zwaarwichtig belang heeft nu er grote bezuinigen moesten worden doorgevoerd. Het feit dat het UWV een ruime overgangsregeling had voorgesteld alsmede de mogelijkheid had geboden om de auto tegen een renteloze lening over te nemen speelde ook een rol bij de beoordeling van het Hof. Het UWV had hierdoor voldoende rekening gehouden met de belangen van de werkgever en het aanwezige zwaarwichtige belang woog daardoor zwaarder dan het belang van de werknemer om gebruik te kunnen maken van de leaseauto.

Uit de laatst aangehaalde uitspraken kan men afleiden dat de werkgever niet, zonder rekening te houden met de werknemer, zonder meer voldoende zwaarwichtig belang heeft om te mogen wijzigen. Ook als de werkgever voldoende kan bewijzen dat hij in zware financiële problemen verkeert en daarmee in principe is voldaan aan het zwaarwichtig belang, kan dit onvoldoende gewicht meebrengen als men niet voldoende rekening houdt met de belangen van de werknemer. Anders gezegd kan het belang zwaarwegender worden wanneer de werkgever bij het eenzijdig wijzigen rekening houdt met de belangen van de werknemer. Op deze manier kan het zwaarwichtige belang toch voldoende zwaar wegen ten opzichte van het belang van de werknemer.

3.4 Eenzijdig wijzigen met wijzigingsbeding

In het vorige hoofdstuk zijn twee categorieën arbeidsvoorwaarden beschreven en zijn bij enkele voorwaarden aangegeven tot welke categorie zij mijns inziens behoren. Daarbij is hiervoor aangegeven wanneer, op basis van de wetgeving en kamerstukken, een wijziging de toets van artikel 7:613 BW kan doorstaan. Aan de hand van jurisprudentie zal voorts duidelijk worden wanneer de eenzijdige wijziging de toets van artikel 7:613 BW, volgens de rechtspraak, doorstaat. De eenzijdige wijziging van de primaire (paragraaf 3.4.1) en secundaire arbeidsvoorwaarden (paragraaf 3.4.2) mag dan gehandhaafd blijven. Door de mogelijkheden in deze paragraaf sluit dit aan bij deelvraag 3.⁵⁶

3.4.1 Primaire arbeidsvoorwaarden wijzigen

In deze subparagraaf staat omschreven wanneer de werkgever op basis van een wijzigingsbeding de primaire arbeidsvoorwaarde eenzijdig mag wijzigen.

Pensioenregeling

In de zaak tussen werknemers enerzijds en werkgever Haskoning B.V. (hierna te noemen: Haskoning) anderzijds⁵⁷ ging het onder andere over de vraag of hier sprake was van een garantie van inkomen of een vorm van pensioen. Zoals staat weergegeven in paragraaf 2.4 is duidelijk geworden dat een garantie van inkomen (loon) en pensioen onder primaire arbeidsvoorwaarden valt. In deze zaak was sprake van een wijzigingsbeding en de rechter boog zich over de vraag of Haskoning de pensioenregeling eenzijdig mocht wijzigen.

⁵⁵ Hof Arnhem, 8 september 2009, *LJN*: BL1049

⁵⁶ Wanneer mag een werkgever volgens de jurisprudentie de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden van een werknemer eenzijdig wijzigen? p. 8.

⁵⁷ Hof Arnhem, 26 augustus 2008, *LJN*: BH1421.

Hierbij kwam het zwaarwichtig belang voort uit een wetswijziging. Die wijziging zorgde ervoor dat de werkgever 52 procent extra eindheffing moet betalen over de premie die betaald wordt en de premie die betaald had moeten worden bij aanpassing van de (pre)pensioenregeling volgens de nieuwe wetgeving. Dit komt neer op een bedrag van € 338.000,--. Hiernaast zouden de opgebouwde pensioenaanspraken gezien worden als loon waardoor hierover en over het werkgevers deel belasting moest worden betaald.⁵⁸

De hiervoor geschetste fiscale nadelige gevolgen zijn zodanig dat dit voldoende zwaarwichtig belang oplevert ten opzichte van de belangen van de werknemers om de pensioenregeling te wijzigen. Dit concludeerde de rechter mede gelet op het feit dat de Ondernemingsraad deze wijziging heeft goedgekeurd.⁵⁹ Hierbij was het zwaarwichtig belang dus voldoende gesteld en/of bewezen waardoor het feit dat de Ondernemingsraad het had goedgekeurd de doorslag gaf om te concluderen dat het belang van de werkgever zodoende zwaarwegend is dat het belang van de werknemer hiervoor moest wijken.

Uit deze geschetste situatie blijkt wel dat het bij het wijzigen van primaire arbeidsvoorwaarden moet gaan om een hele ernstige financiële situatie die een werkgever goed moet kunnen onderbouwen en indien nodig bewijzen.

3.4.2 Secundaire arbeidsvoorwaarden wijzigen

In deze paragraaf worden eenzijdige wijzigingen van de volgende secundaire arbeidsvoorwaarden besproken: thuiswerkfaciliteiten, leaseautoregeling en bonusregeling.

Thuiswerkfaciliteiten

In de zaak tussen FNV Bondgenoten en twee van haar werknemers ging het om thuiswerk faciliteiten.⁶⁰ Hierbij stond het wijzigingsbeding voor die regeling in de CAO die op hun van toepassing is. Het ging hier om werknemers die een vergoeding kregen om thuis te kunnen werken. Gedurende heel het jaar 2009 hadden de werknemers op basis van die regeling recht op enkele vergoedingen. Zo kon de werknemer in een periode van twee maanden tot een bedrag van € 181,76 aan kosten van zijn telefoon en netwerkaansluiting declareren. Voor het onbeperkte privé gebruik van de telefoon hield FNV Bondgenoten € 22,69 per maand op het salaris van de werknemers in. Aan de werknemers werd ook een forfaitair bedrag van € 4,04 per maand betaald voor het stroomverbruik.

Op 30 september 2009 stemde de Ondernemingsraad met een nieuwe regeling. Daarbij was overeengekomen dat deze nieuwe regeling per 1 januari 2010 in werking zou treden. Hierin kwam de te declareren vergoeding te vervallen en voor de internetaansluiting zou voortaan nog maar € 25,-- per maand worden vergoed. Verder kregen de werknemers van FNV Bondgenoten een smartphone met data-abonnement.

Naar aanleiding van het verzoek om de regeling te wijzigen heeft de Ondernemingsraad onderzoek gedaan en uitvoerig overleg gevoerd met de directie van FNV Bondgenoten. Bij het onderzoek hebben zij gekeken naar de financiële gevolgen voor de werknemers. De Ondernemingsraad concludeerde dat de belangen van de werknemers onvoldoende opwegen tegen die van FNV Bondgenoten. Daardoor heeft de Ondernemingsraad haar toestemming verleend en is de nieuwe regeling tot stand gekomen. De Rechtbank oordeelde daardoor dat dit een aanwijzing vormde dat er sprake is van zwaarwichtig belang van werkgeverszijde.

De Rechtbank heeft tevens meegewogen dat de arbeidsvoorwaarde in deze zaak werd aangemerkt als een inkomensbestanddeel.⁶¹ Het privé gebruik droeg niet bij aan de faciliteiten om buiten kantoor te werken. Aangezien het niet behoorde tot het doel van die regeling mocht FNV Bondgenoten besluiten om de vergoeding voor het privé gebruik stop te zetten.

⁵⁸ Hof Arnhem, 26 augustus 2008, *LJN*: BH1421, r.o. 4.14.

⁵⁹ Hof Arnhem, 26 augustus 2008, *LJN*: BH1421, r.o. 4.15.

⁶⁰ Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *LJN* BP7701.

⁶¹ Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *LJN* BP7701, r.o. 4.9.

Bij het afwegen van het zwaarwegend belang van de werkgever heeft de rechter afgewogen dat de kostenbesparing van deze wijziging weliswaar in verhouding tot haar totale begroting beperkt is, maar dat dit toch het zwaarwichtig belang oplevert waarvoor dat van de werknemers moet wijken.

Bij de afweging van de Rechtbank weegt het zwaar dat het privé gebruik niet bijdraagt aan het doel van de regeling. Daardoor kan het (geringe) zwaarwichtig belang van de kostenbesparing samen met de toestemming van de Ondernemingsraad toch voldoende blijken te zijn om te prevaleren boven het belang van de werknemer. Uit deze uitspraak blijkt dat de toestemming van de Ondernemingsraad een grote rol kan spelen bij de beoordeling of er voldoende zwaarwichtig belang is. Dit is mijns inziens in lijn met de gedachte van de wetgever die, ondanks het schrappen van het tweede lid, deze toestemming nog steeds als aanleiding ziet dat er voldoende zwaarwichtig belang is voor de wijziging.⁶²

Bij dit soort regelingen is daarom ook van belang in welke mate het aansluit bij het doel van de regeling. De werkgever moet kunnen stellen en indien nodig bewijzen wat de reden is voor het wijzigen van deze regeling en het doel van de regeling. Hierbij moet de reden van de wijziging zijn dat daardoor de regeling beter aansluit bij het doel. In dat geval kan het in samenhang met de toestemming van de Ondernemingsraad voldoende zwaarwegend zijn om te mogen wijzigen.

Leaseautoregeling

Bij de uitspraak over het geschil tussen FM Advies en haar werknemer is duidelijk geworden dat het belangrijk is om rekening met de werknemer te houden.⁶³ Hierin mocht de werknemer eveneens de leaseauto voor privé gebruiken, waardoor dit een beloningscomponent was. Dit houdt in dat hier niet alleen sprake is van een secundaire arbeidsvoorwaarde, maar ook, in ieder geval voor een gedeelte, van een primaire voorwaarde. In dit geval oordeelde de rechter daarom ook dat FM Advies dit onvoldoende had laten meewegen bij het besluit om deze regeling eenzijdig te wijzigen. "Door voor het verlies van die beloningscomponent geen enkele compensatie te bieden, bijvoorbeeld in de vorm van een redelijke vergoeding per maand, eventueel met een afbouwend karakter, kan niet gezegd worden dat het belang van FM Advies bij afschaffing van deze regeling zodanig zwaarwichtig is dat daarvoor het belang van de werknemer (het privégebruik van de auto dat immers door deze wijziging wordt weggenomen), naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken."⁶⁴

Dat het belangrijk is om rekening te houden met de belangen van de werknemer en hem te compenseren voor de wijziging blijkt nog meer uit de volgende uitspraak. In deze zaak ging het ook om een werknemer die de beschikking had over een leaseauto en die als arbeidsdeskundige in dienst was bij het UWV. Deze werknemer had altijd de beschikking over een leaseauto. In de collectieve dienstautoregeling was een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen. Het UWV wijzigde deze regeling zo dat alleen de buitendienstmedewerkers nog recht hadden op de leaseautoregeling. De arbeidsdeskundige accepteerde dit niet en gaf hierbij onder andere aan dat de leaseauto gezien moest worden als verkapt loon nu hij de auto ook privé mocht gebruiken, waardoor de leaseauto als primaire arbeidsvoorwaarden moest worden gezien.

Het UWV beriep zich vervolgens op het wijzigingsbeding en stelde als zwaarwichtig belang dat zij drastisch moest bezuinigen. Dit heeft ertoe geleid dat zij het personeelsbestand moest reduceren en enkele andere wijzigingen moest realiseren. Zij heeft voldoende kunnen bewijzen dat deze bezuinigingen ook echt moesten worden doorgevoerd.⁶⁵ Daarbij nam het Hof mee dat de regeling zoals die was, in deze tijd niet meer past bij een organisatie die wordt

⁶² Kamerstukken II 1997/98, 24615, nr. 81a, p. 9.

⁶³ Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, *LJN*: BV0736.

⁶⁴ Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, *LJN*: BV0736, r.o. 7.6.4.

⁶⁵ Hof Arnhem, 8 september 2009, *LJN*: BL1049, r.o. 4.8.

gefinancierd door de overheid.⁶⁶ Nu de werknemer had aangevoerd dat het om verkapt loon zou gaan en dat hij de auto nodig had voor zijn functie is het Hof hier ook op ingegaan. Hierover werd geconcludeerd dat de werknemer onvoldoende kon aantonen dat hij de auto nodig had voor zijn functie. Wel kon hij de auto voor privé gebruiken en daarom was hier sprake van verkapt loon.⁶⁷

Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid oordeelde het Hof dat het zwaarwegende belang van het UWV zodanig was dat het belang van de werknemer daarvoor moest wijken.⁶⁸ Hierbij werd ook meegenomen dat het UWV een ruime overgangsmaatregel heeft opgesteld en de mogelijkheid heeft geboden om tegen een renteloze lening de leaseauto over te nemen.⁶⁹

In de eerst besproken uitspraak van FM Advies werd al duidelijk wat van belang is bij het wijzigen van een leaseautoregeling, namelijk dat de beloningscomponent van de regeling zwaar meeweegt, alsmede de mate waarin de werkgever hier rekening mee houdt. Uit de tweede uitspraak blijkt dit nog meer. Hier heeft de werkgever een maatregel voorgesteld en de mogelijkheid tot overname van de leaseauto tegen gunstige condities. Mede daardoor voldeed de wijziging aan artikel 7:613 BW. Het is dus belangrijk voor de werkgever om goed te kijken naar manieren om het belang van de werknemer te waarborgen. Door deze concessies wordt het voor de werknemer minder noodzakelijk om vast te houden aan de oude arbeidsvoorwaarden. Deze redenering van de rechter sluit aan bij het begrip 'goed werkgeverschap' uit artikel 7:611 BW.

Bonusregeling

ASR besloot eind 2008 de bonus over dat jaar niet uit te keren.⁷⁰ Het ging niet goed met de bank en zij was genooddaakt om te bezuinigen. ASR maakte daarom gebruik van het wijzigingsbeding in de bonusregeling en keerde de bonus niet uit. ASR voerde aan dat zij zwaarwegende economische redenen had om eenzijdig te wijzigen. Geen enkele werknemer kreeg de bonus en de Ondernemingsraad had niet negatief gereageerd. Nu ASR had aangetoond dat er sprake was van zware omstandigheden oordeelde de rechter dat dit belang zwaarder woog dan de belangen van de werknemer. Hieraan droeg ook bij dat het besluit breed gesteund werd binnen ASR. De werknemer had weliswaar recht op deze bonus op basis van zijn goed functioneren en niet op grond het bedrijfsresultaat, maar dit mocht, na afweging van alle omstandigheden, niet baten.

In de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch (zie ook onder het kopje leaseautoregeling) was er ook sprake van het niet uitbetalen van de bonusregeling, hier genoemd "13^e maand". Hier had FM Advies als gevolg van de slechte omstandigheden besloten om deze bonus aan niemand uit te keren. Het hof erkent wel dat FM Advies een zwaarwichtig belang heeft om te bezuinigen door deze wijziging,⁷¹ maar in de beoordeling heeft een grote rol gespeeld dat het hier ging om een arbeidsvoorwaarde die niet zomaar kan worden gewijzigd, zeker niet zonder enige overgangstermijn.⁷² Zo concludeerde het Hof in deze dat FM Advies, door in december te beslissen om de 13^e maand niet uit te betalen, de belangen van de werknemer onvoldoende had gewaarborgd. Zodoende was er onvoldoende zwaarwichtig belang aan de zijde van FM Advies waarvoor het belang van de werknemer moest wijken. Ook het gegeven dat zij, nu het niet uitkeren van de 13^e maand een onrechtmatige eenzijdige wijziging was, alle werknemers alsnog de hun toekomstige bedragen moest betalen deed daar niets aan af.

⁶⁶ Hof Arnhem, 8 september 2009, L/N: BL1049, r.o. 4.11.

⁶⁷ Hof Arnhem, 8 september 2009, L/N: BL1049, r.o. 4.12.

⁶⁸ Hof Arnhem, 8 september 2009, L/N: BL1049, r.o. 4.13.

⁶⁹ Hof Arnhem, 8 september 2009, L/N: BL1049, r.o. 4.14.

⁷⁰ L. Spaaij, "Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden: Een praktijkvoorbeeld", www.rechtennieuws.nl, 8 november 2010.

⁷¹ Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, L/N: BV0736, r.o. 7.7.4.

⁷² Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, L/N: BV0736, r.o. 7.7.4.

Het Hof geeft wel aan onder welke omstandigheden de werkgever eventueel de belangen van de werknemer voldoende had kunnen waarborgen. Wanneer een onderneming een slecht financieel vooruitzicht heeft kan zij in de loop van het jaar de tot dat moment opgebouwde aanspraken uitkeren en vanaf dat moment de opbouw wijzigen. Nu er geen uitspraken zijn gevonden waar dit is toegepast kan niet met zekerheid worden gezegd dat dit zal slagen. Dit komt overeen met beoordelingen van andere rechters bij andere arbeidsvoorwaarden (zie bijvoorbeeld bij het “Leaseautoregeling”) en dat de werkgever zich als goed werkgever moet gedragen volgens artikel 7:611 BW.

Ten aanzien van de hiervoor besproken arbeidsvoorwaarden staat in dit schema weergegeven waardoor de rechter, in deze specifieke gevallen, de wijziging in stand heeft gehouden:

Artikel 7:613 BW	Specifieke eisen
Bonusregeling ⁷³	– Tijdig kenbaar maken – De tot het moment van wijziging opgebouwde bonus uitkeren
Leaseautoregeling ⁷⁴	– Financiële compensatie Bijv.: * Een bedrag p.m. met afbouwend karakter * Renteloze lening om de auto over te nemen
Pensioenvoorziening ⁷⁵	– Onderzoek verrichten – Geen andere wijzigingsmogelijkheden – Instemming ondernemingsraad
Thuiswerkfaciliteiten ⁷⁶	– Instemming Ondernemingsraad / anders meer zwaarwichtige omstandigheden aantonen – De regeling moet blijven voldoen aan het oorspronkelijke doel

⁷³ Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, *LJN*: BV0736, r.o. 7.7.4

⁷⁴ Hof Arnhem, 8 september 2009, *LJN*: BL1049, r.o. 4.14

⁷⁵ Hof Arnhem, 26 augustus 2008, *LJN*: BH1421, r.o. 4.15

⁷⁶ Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *LJN*: BP7701, r.o. 4.9

4 Eenzijdig wijzigen zonder wijzigingsbeding

4.1 Inleiding

Hiervoor is besproken hoe een wijziging, bij verschillende arbeidsvoorwaarden, de toets van artikel 7:613 BW kan doorstaan. In dit hoofdstuk wordt beoordeeld waar de wijziging aan moet voldoen bij toetsing aan artikel 7:611 BW.

Het artikel waaraan getoetst wordt luidt als volgt:

“De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en goed werknemer te gedragen.”⁷⁷

Elke partij moet zich goed gedragen, maar wat verstaan we onder ‘goed gedrag’? Ieder mens denkt hier immers anders over. Zo vindt een werknemer het normaal dat men zich aan de arbeidsovereenkomst houdt en deze niet zomaar wijzigt. Aan de andere kant kan de werkgever het op een bepaald moment, onder bepaalde omstandigheden, normaal vinden dat hij een bepaalde arbeidsvoorwaarde wijzigt. Doordat ieder mens anders is en er ook andere belangen zijn bij beide partijen, ontstaan hier vaak geschillen over. Wanneer mag een werknemer van de werkgever verwachten dat er rekening met hem wordt gehouden en wanneer is dit voldoende? Anders gezegd, wanneer kan de werkgever verwachten van de werknemer dat deze de wijziging van de arbeidsvoorwaarde accepteert?

In dit hoofdstuk staat de mogelijkheid van artikel 7:611 BW. Zo staat, als aansluiting op deelvraag 1⁷⁸, in paragraaf 4.3.1 de totstandkoming van artikel 7:611. In de tweede paragraaf staat de jurisprudentie, waarin is uitgewerkt hoe dit artikel getoetst moet worden wat aansluit bij deelvraag 2.⁷⁹ Tot slot staan in paragraaf 4.3 voorbeelden hoe bij primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden de eenzijdige wijziging de toets van dit artikel kan doorstaan. Deze paragraaf gaat in op deelvraag 3.⁸⁰

4.2 Goed werkgever- en goed werknemerschap

In deze paragraaf zal worden aangegeven hoe de wijziging aan de hand van artikel 7:611 BW wordt getoetst. Hierin staat de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie die leidend is voor toepassing van dit artikel. Aan de hand hiervan wordt geconcludeerd waar een werkgever aan moet voldoen om eenzijdig te mogen wijzigen via dit artikel. In deze paragraaf wordt zodoende ingegaan op de deelvragen 1⁸¹ en 2⁸².

4.2.1 Wetsgeschiedenis artikel 7:611 BW

Het artikel komt voort uit twee artikelen uit het oude wetboek. Dit waren de artikelen 1638z en 1639d. In de Memorie van Toelichting is de volgende uitleg gegeven voor het invoeren van dit artikel.

“Artikel 611

Dit artikel, in het voorontwerp artikel 7.10.1.8, is een samenvoeging, in wat strakkere bewoording, van de artikelen 1638z en 1639d van het

⁷⁷ Artikel 7:611 BW

⁷⁸ Hoe kan een werkgever volgens de wet eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigen?, p. 8.

⁷⁹ Hoe moeten de belangen van werkgever en werknemer volgens wet, kamerstukken en literatuur tegen elkaar worden afgewogen? P. 8.

⁸⁰ Wanneer mag een werkgever volgens de jurisprudentie de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden van een werknemer eenzijdig wijzigen? p. 8.

⁸¹ Hoe kan een werkgever volgens de wet eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigen?, p. 8.

⁸² Hoe moeten de belangen van werkgever en werknemer volgens wet, kamerstukken en literatuur tegen elkaar worden afgewogen? P. 8.

huidige wetboek. Zoals onder het oude recht geopperd kan worden of hetzelfde niet reeds uit de artikelen 1374 lid 3 en 1375 B.W. kan afgeleid worden, zo kan men ook vragen of dit voorgestelde artikel strikt juridisch wel noodzakelijk is naast de artikelen 2 en 248 van Boek 6 B.W. De speciale vermelding hier ter plaatse blijft echter waardevol, omdat de bepaling - zoals ook bij de totstandkoming daarvan is bedoeld - niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen. In het bijzonder de verwijzing naar de norm van het goed werkgeverschap van artikel 1638z heeft in de loop der jaren de mogelijkheid geboden om rekening te houden met de ontwikkeling in rechtsopvattingen⁸³. Gewezen kan worden op de jurisprudentie met betrekking tot de verplichting van de werkgever een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in staat te stellen arbeid te verrichten die voor zijn krachten is berekend (HR 8 november 1985, NJ 1986, 309). Een uitdrukkelijke verwijzing naar het goed werkgeverschap is dan op haar plaats. Zo wordt beter aangesloten bij de eigen aard en terminologie van het arbeidsrecht en zal het voor de partijen bij de arbeidsovereenkomst gemakkelijker levend recht zijn.⁸³

De wetgever heeft het dus belangrijk gevonden om een bepaling te hebben die specifiek gericht is op de arbeidsrechtelijke relevante verhoudingen en ontwikkelingen. Zo moet dit artikel niet alleen toezien op de bedoelingen van partijen onderling. Het artikel moet er voor zorgen dat er rekening gehouden wordt met de verschillende situaties die kunnen ontstaan tussen een werkgever en werknemer. In dit kader is dit artikel absoluut bedoeld voor en geschikt om bij geschillen op terug te vallen.

De wetgever vroeg zich af of de artikelen 2 en 248 van Boek 6 niet voldoende waren. Gezien de uitleg dat deze moeten toezien op de relevante verhoudingen en ontwikkelingen op het gebied van arbeidsrecht en de locatie van het artikel, namelijk in Boek 7, is het mijns inziens zo dat de rechter hiermee een *lex specialis* heeft ontwikkeld op dit gebied. Daarom is dit artikel van toepassing wanneer het gaat om een geschil tussen een werkgever en werknemer waartussen een arbeidsovereenkomst is gesloten. Bij een eenzijdige wijziging moet daarom eerder, wanneer er geen wijzigingsbeding is opgenomen, worden getoetst aan de hand van artikel 7:611 BW dan aan artikel 6:248 BW of aan artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheid). Wanneer er wel een wijzigingsbeding is afgesproken dan moet de wijziging aan de hand van artikel 7:613 BW getoetst worden. Dit wordt ook bevestigd doordat in recente uitspraken, na het arrest *Stoof/Mammoet*, niet meer is getoetst aan de hand van deze artikelen.⁸⁴

4.2.2 Algemene regel voor eenzijdig wijzigen uit de jurisprudentie

Nu niet uit het artikel en niet uit de wetsgeschiedenis blijkt hoe de wijziging via dit artikel getoetst moet worden heeft de Hoge Raad zich hierover uitgesproken. Daarbij spelen twee arresten een belangrijke rol, namelijk het arrest *Van der Lely / Taxi Hofman* en het arrest *Stoof / Mammoet*. Deze zullen beide worden besproken, waarna geconcludeerd wordt wat de algemene regel is waar de wijziging aan moet voldoen om de toetsing van artikel 7:611 BW te doorstaan.

⁸³ Kamerstukken II, 1993/94, 23438, nr. 3, p.15.

⁸⁴ HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493, Ktr. Utrecht 16 januari 2008, *JAR* 2008/48 en Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2001, *JAR* 2003/128.

HR Van der Lely/Taxi Hofman⁸⁵

Van der Lely was vanaf 3 maart 1989 voor onbepaalde tijd in dienst als chauffeur/centralist bij Taxi Hofman. Na zijn eerste ziekteperiode ging hij werken als administratief medewerker op de centrale dienst. Na een nieuwe periode van ziekte zou van der Lely op 7 maart 1994 weer kunnen gaan werken. Taxi Hofman liet hem echter weten dat hij niet meer zijn oude werkzaamheden zou kunnen hervatten, omdat inmiddels een ander deze werkzaamheden verrichtte en er niet voldoende werk was om hem diezelfde werkzaamheden te laten verrichten. Wel had men andere werkzaamheden voor hem. Zo zou hij zes uur centrale dienst kunnen verrichten en daarnaast kon hij voor negentien uur op de Teletaxi rijden en het salaris zou ongewijzigd blijven. Hierdoor zou de arbeidsovereenkomst gewijzigd moeten worden. Hiervoor heeft Taxi Hofman een beroep gedaan op artikel 7:611 BW.

De Hoge Raad ging in dit arrest in op de werking van artikel 7:611 BW. Hieronder is de rechtsoverweging vermeld die de Raad ertoe heeft bewogen tot de te volgen stappen bij het beoordelen van een eenzijdige wijziging via artikel 7:611 BW.

“Uit de art. 7A:1638z en 7A:1639d (oud) BW – inmiddels samengebracht in art. 7:611 BW – blijkt dat de werkgever en de werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zulks wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen. De hier bedoelde verplichting staat ook niet op gespannen voet met het dwingendrechtelijke stelsel van ontslagbescherming en is evenmin in strijd met de bescherming van de (arbeidsongeschikte) werknemer zoals die in de wet en rechtspraak gestalte heeft gekregen. Zij betekent niet meer dan dat, behalve de werkgever, ook de werknemer zich in zijn contractuele verhouding tot de wederpartij redelijk behoort op te stellen. De bescherming van (arbeidsongeschikte) werknemers in het arbeidsrecht kan op zichzelf dan ook niet rechtvaardigen dat een werknemer een redelijk voorstel van zijn werkgever van de hand wijst.”⁸⁶

Hier wordt gezegd dat de partijen van een arbeidsovereenkomst op grond van dit artikel over en weer verplicht zijn zich als goed werkgever dan wel goed werknemer te gedragen. Hieruit vloeit voort dat een werknemer bij een *redelijk voorstel* dat verband houdt met *gewijzigde omstandigheden op het werk* in het algemeen positief behoort te reageren. Alleen als aanvaarding van dit voorstel *niet van de werknemer gevergd kan worden*, mag hij het afwijzen. Dit heeft de Hoge Raad zo bepaald omdat beide partijen die in contractuele verhouding tegenover elkaar staan zich redelijk moeten opstellen tegen de wederpartij. Hierbij maakt het niet uit of je als werkgever of werknemer bent verbonden via een arbeidsovereenkomst. Ook maakt het niet uit of de omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen. De Hoge Raad heeft daarom bepaald dat Van der Lely hier als goed werknemer behoorde in te gaan op het redelijke voorstel van zijn werkgever.

Volgens dit arrest komt het erop neer dat de volgende stappen moet worden doorlopen:

- Is het voorstel van de werkgever redelijk en komt deze voort uit een gewijzigde omstandigheid op het werk?
- Heeft de werknemer de wijziging niet zomaar afgeslagen en is hij hier positief op ingegaan?
- Kan de aanvaarding van het redelijke voorstel na afweging van de werknemer redelijkerwijs worden gevergd?

⁸⁵ HR 26 juni 1998, JAR 1998/199, NJ 1998, 767

⁸⁶ HR 26 juni 1998, JAR 1998/199, NJ 1998, 767, r.o. 3.4

HR Stoof/Mammoet⁸⁷

In dit arrest is de Hoge Raad dieper ingegaan op de toetsing van een wijziging via artikel 7:611 BW.

Bij deze zaak ging het om de heer Stoof die een hijsproduct had ontwikkeld en deze vervolgens in een werkmaatschappij had ondergebracht. Dit bedrijf was Stotra B.V. Uiteindelijk had hij al zijn aandelen van dit bedrijf verkocht aan Mammoet Decalift International B.V. ('Mammoet Decalift'). Hij zou vanaf nu in dienst komen bij Mammoet en gedetacheerd worden als 'technisch directeur' bij Mammoet Decalift. In 2000 besluit Nedlloyd, de aandeelhouder van Mammoet, om zijn aandelen te verkopen aan Van Seumeren Holland B.V.. Het bedrijf wordt anders georganiseerd en zijn functie wordt door iemand anders vervuld en zijn werkplek in Etten-Leur komt te vervallen. Hij kreeg daarvoor het aanbod om de tweede man te worden en dan zou hij voortaan in Schiedam moeten werken.

Stoof voerde hier aan dat Mammoet geen redelijk voorstel had gedaan voor deze functiewijziging. Hierbij was hij van mening dat zijn afwijzing van de voorgestelde wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was. Daarom mocht hij zijn inziens het voorstel weigeren. Hij doelde hier op artikel 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad oordeelde dat het niet zo is dat de werknemer pas dan een wijziging hoeft te accepteren wanneer ongewijzigde handhaving van de arbeidsvoorwaarde onaanvaardbaar is voor de werkgever.⁸⁸ Hierbij heeft dit arrest de taxi Hofman criteria aangevuld. Zodoende is duidelijk dat het bij artikel 7:611 BW niet gaat om het voorstel onredelijk is, maar of het van de werknemer gevergd kan worden dat hij hiermee akkoord gaat. Dit sluit aan bij artikel 6:248 lid 1 BW, maar wel geeft de Hoge Raad aan dat het in deze gaat om een algemene redelijkheidstoets en niet om de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit komt overeen met het redelijkheidscriterium uit het Taxi Hofman arrest.

De vraag of het voorstel redelijk is moet volgens dit arrest worden beoordeeld aan de hand van een algemene redelijkheidstoets. Zo moet worden gekeken in hoeverre aanvaarding van de wijziging van de werknemer gevergd kan worden.

Dit arrest heeft voorts geleid tot de volgende vragen:

- Heeft de werkgever als goed werkgever aanleiding kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden en is dit voorstel redelijk, gezien alle omstandigheden van het geval?
- Kan het van de werknemer in redelijkheid gevergd worden om met dit redelijke voorstel akkoord te gaan?

Bij de beoordeling moet, volgens de Hoge Raad, het accent niet eenzijdig worden gelegd op wat van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht maar wat beide partijen over en weer van elkaar mogen verwachten. Hierbij moeten in eerste instantie hoge eisen worden gesteld aan het handelen van de werkgever.

Bij de eerste vraag moet het antwoord zijn dat er een gewijzigde omstandigheid heeft plaatsgevonden, dat de wijziging redelijk is en deze ook een logisch gevolg is van de gewijzigde omstandigheid. Daarbij moet getoetst worden aan alle omstandigheden van het geval. De Raad gaf daarbij de volgende voorbeelden⁸⁹:

- de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven;
- de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel;
- het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming;
- de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan;
- het belang van de werknemer bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.

⁸⁷ HR 11 juli 2008, JAR 2008/204

⁸⁸ HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, ro. 3.3.2.

⁸⁹ HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, ro. 3.3.2.

Wanneer de werkgever een redelijk voorstel heeft gedaan mag de werknemer deze weigeren.⁹⁰ Wel moet de werknemer dan gefundeerde bezwaren naar voren brengen en eventueel ook met een ander voorstel komen waar hij wel mee kan leven.

Bij de tweede vraag is het van belang dat de werknemer in redelijkheid geen omstandigheden kan aanvoeren zodat het aanvaarden van het redelijke voorstel niet van hem gevergd kan worden. Wanneer de werkgever beide vragen positief kan beantwoorden en indien nodig bewijzen dan kan de wijziging de toetsing van artikel 7:611 BW doorstaan.

4.3 Eenzijdig wijzigen zonder wijzigingsbeding

In deze paragraaf staat de jurisprudentie waardoor de mogelijkheden voor een werkgever om te wijzigen naar voren komen. Hierbij is uitgegaan van de scheiding van de arbeidsvoorwaarden uit hoofdstuk 2. Bij beide soorten wordt ingegaan op enkele voorbeelden die onder die soort valt. In deze paragraaf wordt daarom ingegaan op deelvraag 3.⁹¹

4.3.1 Primaire arbeidsvoorwaarden

Zoals gezegd wordt hier op basis van jurisprudentie ingegaan op primaire arbeidsvoorwaarden. Aan de hand hiervan zal worden weergegeven waar de werkgever op moet letten c.q. aan moet voldoen om de toetsing van artikel 7:611 BW te kunnen doorstaan.

Wijziging van het loon

In de uitspraak van B2B Telecom BV (hierna te noemen: Telecom) ging het om een salarisverlaging.⁹² De werknemer verdiende in eerste instantie € 1.800,-- bruto vermeerderd met vakantietoelage per vier weken. Op 27 mei 2010 heeft een overleg plaatsgevonden tussen directie en de werknemers. In dit overleg is kenbaar gemaakt dat de huidige situatie van de onderneming er niet goed uitziet. Zo heeft de directie gezegd dat de onderneming in twee jaar tijd een verlies heeft geleden van € 49.500,--. Zij heeft aangegeven dat hierdoor enkele wijzigingen moeten plaatsvinden. De directie kwam met een verlaging van de salarissen met tien procent. Deze zou ingaan per juni 2010. Bij de betalingsperiode van mei ontving de eiser echter al een salaris van € 1.620,-- bruto per vier weken. De werknemer vorderde daarom zijn achterstallige loon plus rente.

De kantonrechter ging in deze zaak uitgebreid in op de mogelijkheden om te wijzigen. Zo oordeelde de rechter dat bij deze wijziging geen sprake is van ondubbelzinnige instemming aan werknemerszijde. Daarmee kwam de kantonrechter tot de conclusie dat hier geen sprake kan zijn van een wijziging met wederzijds goedvinden. Hierbij moet ook rekening gehouden worden dat het hier gaat om een primaire arbeidsvoorwaarde waarbij niet zonder meer mag worden aangenomen dat een werknemer instemt met een dergelijke loonsverlaging.⁹³ Nu hier ook geen sprake was van een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst heeft de rechter de wijziging aan de hand van artikel 7:611 BW getoetst.

De kantonrechter haalde hier de maatstaf van het Stoof / Mammoet arrest aan en oordeelde dat Telecom goed moest onderzoeken of een maatregel als loonverlaging wel echt noodzakelijk is en of er niet een minder ingrijpende maatregel genomen kan worden om te bezuinigen. Des te meer, zo oordeelde de Rechter, nu het hier ging om een primaire arbeidsvoorwaarde.⁹⁴ Hieruit kan gelijk worden afgeleid dat het bij een secundaire arbeidsvoorwaarde dus wel eerder gewijzigd mag worden, maar dat ook hier een dergelijk onderzoek wordt aan-

⁹⁰ Van Genderen 2010, p. 177

⁹¹ Wanneer mag een werkgever volgens de jurisprudentie de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden van een werknemer eenzijdig wijzigen? p. 8.

⁹² Ktr. Utrecht 28 december 2011, *LJN* BV3046

⁹³ Ktr. Utrecht 28 december 2011, *LJN* BV3046, r.o. 4.3.

⁹⁴ Ktr. Utrecht 28 december 2011, *LJN* BV3046, r.o. 4.6.

bevolen. Nu in deze zaak geen sprake was van een onderzoek, de loonsverlaging niet in samenspraak is genomen met de accountant en ook geen berekening is gemaakt van het effect van deze maatregel kwam de Rechter tot de conclusie dat Telecom niet voldoende heeft gesteld noch bewezen waarop deze loonsverlaging was gebaseerd.

Door het bovenstaande kwam de kantonrechter tot de conclusie dat Telecom “niet als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot een (tijdelijke) vermindering van het loon.”⁹⁵ Zodoende mocht Telecom deze eenzijdige wijziging niet toepassen en werd de vordering van de werknemer toegewezen. Anders gezegd had Telecom de wijziging dus beter moeten voorbereiden en andere mogelijkheden moeten onderzoeken. Een dergelijke wijziging kan de toetsing dus alleen doorstaan als er geen andere betere / eenvoudigere maatregel kan worden genomen.

In het kader van loonsverlaging kan de werkgever wel denken om eventueel een functiewijziging toe te passen. Dit kan dan wel niet bij een grote groep werknemers, maar dit kan wel bij een individuele werknemer een oplossing zijn als deze op de begroting drukt. Wanneer dit de toetsing van de Rechter kan doorstaan wordt duidelijk aan de hand van de volgende uitspraak.

Bij de Rechtbank van Almelo ging het om het volgende:

Furness wilde als werkgever de functie wijzigen van een werknemer, omdat hij zijn functie als eindverantwoordelijke magazijnmedewerker volgens hun niet goed invulde.⁹⁶ Furness had de werknemer gewezen op het feit dat hij niet werkte volgens het “Furness-concept”. Vast is komen te staan dat zij vanaf 2007 tot eind 2010 heeft geprobeerd om de werknemer wel volgens het concept te laten werken. Op enig moment heeft dit wel geholpen, maar daarna verviel hij weer in zijn oude werkwijze. Deze oude werkwijze zorgde ervoor dat de werkzaamheden in het magazijn niet goed gingen wat financiële gevolgen had. De Rechter oordeelde dat Furness als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden om een voorstel te doen om de arbeidsvoorwaarde te wijzigen en dit voorstel is gezien alle omstandigheden ook redelijk. Het feit dat het salaris door deze wijziging eventueel achteruit zou gaan hoeft niet te betekenen dat het daarom onredelijk is, zo vindt de kantonrechter van Dordrecht.⁹⁷ Hierbij geeft zij aan dat een werknemer zodoende wel in dienst kan blijven en is beëindiging daardoor niet nodig.

Het opmerkelijke aan de uitspraak van de kantonrechter was verder dat hij hier aansluit bij het belang zwaarwichtig belang.

“In de visie van de kantonrechter wegen deze belangen van eiser niet op tegen de bedrijfsbelangen van Furness. De kantonrechter acht het dan ook voorshands aannemelijk dat Furness een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, dat van eiser in redelijkheid verlangd kan worden daarmee in te stemmen.”⁹⁸

Nu het hier ging om een primaire arbeidsvoorwaarde (functiewijziging) kan hieruit worden afgeleid dat men bij gebrek aan een wijzigingsbeding de wijziging toetst aan 7:611 BW, ook bij primaire arbeidsvoorwaarde(n). Wel moet de werkgever, in aansluiting op de toetsing aan artikel 7:613 BW, een zodanig zwaarwichtig belang hebben dat om die reden het belang van de werknemer moet wijken. Dit kan de werkgever, zo blijkt uit deze uitspraak, aantonen door te laten zien dat hij zich in het licht van zijn goed werkgeverschap heeft ingezet om de situatie te verbeteren. Dit bevestigt mijn zienswijze dat de beide artikelen voor primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden kunnen worden toegepast. Door bij deze typen arbeidsvoorwaarden aan te sluiten bij de maatstaf van artikel 7:613 BW is het tevens duidelijk dat de toetsing aan goed werkgeverschap / goed werknemerschap niet per definitie lichter is.

⁹⁵ Ktr. Utrecht 28 december 2011, *LJN*: BV3046, r.o. 4.8.

⁹⁶ Ktr. Almelo 16 juni 2011, *LJN*: BQ8243.

⁹⁷ Ktr. Dordrecht 14 juni 2010, *LJN*: BM8174, r.o. 3.7

⁹⁸ Ktr. Almelo 16 juni 2011, *LJN*: BQ8243, r.o. 4.4.

Wijziging en verkorting van arbeidstijden

In de eerste zaak die hier wordt besproken gaat het tussen werkgever Axioncontinu en een werkneemster.⁹⁹ De werkgever wilde de arbeidstijden wijzigen. De werkneemster werkte gedurende ruim negen jaar van 18:00 tot 23:00 uur. Nu de financiering van verpleeghuiszorg is veranderd moeten de werktijden beter op elkaar worden afgestemd. Daarom heeft Axioncontinu de werktijden gewijzigd. Tijdens het teamoverleg van 3 augustus 2010 is kenbaar gemaakt dat de werktijden eventueel gewijzigd zouden kunnen worden. Vervolgens is een maand later met werkneemster gesproken over vervroeging van haar dienst. Daarna heeft Axioncontinu op 14 december 2010 per brief laten weten dat per 1 maart 2011 haar dienst naar 15:45 uur zou worden vervroegd.

De Rechter is hier ingegaan op de criteria uit het arrest van Stoof – Mammoet. Gelet op de feiten kwam de rechter tot de conclusie dat Axioncontinu niet over één nacht ijs is gegaan en dat de gewijzigde omstandigheid zodanig is dat deze rechtvaardigt om een voorstel te doen om de arbeidstijden te wijzigen. Nu alle omstandigheden van het geval meewegen bij de beoordeling of dit voorstel redelijk is ging de rechter in op de argumenten van de werkneemster. Hierbij ging het vooral om haar 14-jarige zoon waardoor zij de huidige werktijden wilde blijven houden. Er werden geen andere omstandigheden gesteld noch bewezen waardoor het noodzakelijk was dat zij, voor haar zoon, perse de huidige tijden moest behouden. Daarna ging de Rechter in op de houding en handelwijze van de werkgever. Axioncontinu heeft tijdig kenbaar gemaakt dat er een wijziging zou gaan plaatsvinden en heeft deze ook niet direct in laten gaan. Hierdoor kwam de Kantonrechter tot de conclusie dat het voorstel gezien al deze omstandigheden redelijk is. Tot slot kon de aanvaarding van dit voorstel ook gevergd worden van de werkneemster en was de wijziging gerechtvaardigd.¹⁰⁰

Niet alleen de werktijden zijn van belang, maar ook de hoeveelheid uren die men moet werken. In een andere zaak ging het om het wijzigen hiervan tussen een buitenschoolse opvang (hierna te noemen: BSO) en een werkneemster.¹⁰¹ Zij was tot dat moment in dienst voor 25 uur per week. De werkneemster heeft aangegeven dat zij op woensdag tot 14.00 uur beschikbaar is voor werk en op vrijdag niet te willen werken. De redenen hiervoor waren de zwemles van haar dochter op woensdagmiddag en dat zij tijd met haar dochter wilde doorbrengen. De opvang kreeg te maken met een hoop afzeggingen en er waren nog maar 5 kinderen die op de BSO zaten. Daardoor wilde de opvang enkele uren schrappen waardoor zij voortaan voor 14,5 uur werd ingeroosterd.

De kantonrechter oordeelde dat de BSO redelijk heeft gehandeld door de werkneemster voortaan slechts voor 14,5 uur in te roosteren. Dit komt vooral ook doordat de werkneemster niet bereid was om op vrijdag te werken en ook niet na 14.00 uur op woensdag. Tevens heeft de BSO aangetoond dat er binnen de organisatie, buiten de uren die werkneemster niet wil werken, niet voldoende mogelijkheden zijn om haar voor 25 uur in te roosteren. Eveneens is niet gebleken dat er omstandigheden aan werkneemsterszijde zijn waardoor het niet van haar gevergd kan worden om hiermee in te stemmen. Zodoende heeft werkneemster zich niet als goed werkneemster opgesteld en de BSO heeft aangetoond geen andere mogelijkheden te hebben.

4.3.2 Secundaire arbeidsvoorwaarden

Hiervoor is ingegaan op de primaire arbeidsvoorwaarden op basis van jurisprudentie en in deze paragraaf wordt hetzelfde gedaan bij de secundaire arbeidsvoorwaarden. Hier wordt weergegeven waar de werkgever op moet letten c.q. aan moet voldoen om de toetsing van artikel 7:611 BW te kunnen doorstaan.

⁹⁹ Ktr. Utrecht 27 april 2011, *LJN*: BQ3288.

¹⁰⁰ Ktr. Utrecht 27 april 2011, *LJN*: BQ3288, r.o. 4.5 - 4.8

¹⁰¹ Ktr. Almelo 2 december 2011, *JAR* 2012/20.

Leaseautoregeling

Bij deze regeling wordt een uitspraak besproken van de Kantonrechter van Arnhem waarbij het bedrijf Dales heeft gehandeld als goed werkgever ten opzichte van een werknemer.¹⁰² De werknemer was vanaf november 1998 in dienst van Dales en begon hier als buitendienstmedewerker. In 2003 is besloten dat hij 3 dagen binnendienst zou draaien en 2 dagen buitendienst. Toen hij in 2007 arbeidsongeschikt raakte zijn de buitendienstwerkzaamheden voor een groot deel uitbesteed. Hij heeft ongeveer 5 klanten aangehouden waarvoor hij nog werkzaamheden verrichtte. Voor deze werkzaamheden had hij een dienstauto ter beschikking. De situatie van de werkgever was in 2009 zo slecht dat Dales moest reorganiseren en een verlies leed van ruim € 2.000.000,--. Om deze redenen heeft zij besloten om aan deze werknemer voor te stellen hem voortaan volledig als binnendienstmedewerker in te zetten. Hij zou hetzelfde salaris gaan ontvangen, maar zijn leaseauto zou hij dan moeten inleveren. Dales heeft voor het inleveren van de auto een financiële compensatie aangeboden. Met de functiewijziging ging de werknemer akkoord, maar niet met het inleveren van de auto.

Na het oordeel van de Rechter is er gezien de geschetste situatie en het niet voldoende tegenspreken hiervan sprake van een gewijzigde omstandigheid. Nu de werknemer de auto niet meer nodig heeft voor zijn werkzaamheden kan Dales zodoende aanleiding vinden om deze arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Dales heeft een financiële compensatie geboden en heeft verteld nog verder te willen meewerken indien de compensatie niet voldoende zou zijn. Daarom oordeelde de kantonrechter dat Dales als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden en is dit voorstel ook redelijk, gezien alle omstandigheden van het geval. Het kon ook van de werknemer gevergd worden om hiermee akkoord te gaan nu hij niet heeft kunnen stellen en bewijzen waarom hij het voorstel naar redelijkheid heeft geweigerd.¹⁰³

Bonusregeling

Hier komt de eenzijdige wijziging van de bonus bij Stichting Grafische Bedrijfsfondsen (hierna te noemen: SGB) aan de orde.¹⁰⁴ Hier ging het om een bonusregeling die in 2007 is ingegaan. Van belang is dat deze regeling na uitvoerig overleg tot stand is gekomen. Deze regeling kwam er op neer dat de werknemers een bonus kregen op basis van kwantitatieve bedrijfsresultaten. Wanneer bepaalde prestaties werden behaald kregen de werknemers recht op de maximale bonus van dertig procent van hun jaarinkomen. In 2009 hebben zij prestaties gehaald waardoor zij aanspraak maakten op de maximale bonus. De directie van SGB heeft daarna per brief van 18 januari 2010 medegedeeld dat de bonus is bepaald op vijftien procent. Dit betekent een halvering van de bonus.

SGB heeft als reden aangevoerd dat de bonusregeling tot stand was gekomen in een goede tijd. De huidige regeling zou daarom niet meer stroken met de huidige economische crisis.

De Rechtbank vond het hierbij van belang dat de regeling zorgvuldig tot stand is gekomen en hierbij nadrukkelijk is gekozen voor een kwantitatieve benadering. De werknemers in deze zaak mocht door de vorm van de bonusregeling verwachtingen ontleenen aan de bonus over 2009. Nu de reden om hierin in te grijpen onvoldoende is onderbouwd oordeelt de Rechter dat SGB geen reden had om een voorstel te doen tot beperking van de bonus. Hierbij moet tevens de kanttekening gezet worden of er in deze wel sprake is geweest van een voorstel. Ook daardoor kan deze eenzijdige wijziging de toetsing van artikel 7:611 BW niet doorstaan.

¹⁰² Ktr. Arnhem 15 juli 2010 *L/N*: BN1498.

¹⁰³ Ktr. Arnhem 15 juli 2010 *L/N*: BN1498, r.o. 4.6.

¹⁰⁴ Ktr. Amsterdam 18 augustus 2011 *L/N*: BR6265.

De Kantonrechter van Rotterdam oordeelde ook negatief op een eenzijdige wijziging van een bonusregeling.¹⁰⁵ Hierbij ging het om een bonus die werd uitgekeerd door Robeco aan een groep werknemers wanneer bepaalde doelen werden bereikt. De te behalen doelen voor 2008 zijn in 2007 vastgesteld. Deze doelen van 2008 zijn gehaald door de groep werknemers waar de eiseres in deze procedure ook bij hoorde. Andere groepen hadden echter geen bonus. Robeco heeft daarom in 2009 besloten om de bonus van haar groep maar voor zeventig procent uit te keren. De overige dertig procent heeft Robeco verspreid over de andere groepen. Met deze wijziging heeft de Ondernemingsraad niet ingestemd.

De kantonrechter vond het in deze zaak belangrijk dat de bonus met terugwerkende kracht is gewijzigd. Ten aanzien hiervan oordeelde de Rechter dat de werknemers hier geen rekening mee behoeften te houden. Daarbij komt nog dat het op deze manier wijzigen ook geen voorstel betreft en alleen daarom al niet de toetsing van artikel 7:611 BW kan doorstaan.

Na de hiervoor besproken wijzigingen van verschillende arbeidsvoorwaarden staat in dit schema weergegeven wat de rechter in deze specifieke gevallen heeft bewogen om deze de toets te laten doorstaan:

Artikel 7:611 BW	Specifieke eisen
Arbeidstijden wijzigen ¹⁰⁶	– Tijdig kenbaar maken – Niet direct in laten gaan
Arbeidstijden Verkorten ¹⁰⁷	– Tijdig kenbaar maken – Niet direct in laten gaan – Geen medewerking van de werknemer
Bonusregeling	– Tijdig kenbaar maken – De tot het moment van wijziging opgebouwde bonus uitkeren
Leaseautoregeling ¹⁰⁸	– Financiële compensatie Bijv.: * Een afbouwend bedrag p.m. * Renteloze lening om de auto over te nemen
Loonwijzigingen ¹⁰⁹	– Dossier aanmaken over functioneren – Cursussen en dergelijke aanbieden waardoor hij beter zou moeten kunnen functioneren

¹⁰⁵ Ktr. Rotterdam 13 november 2009 *LJN*: BK4966.

¹⁰⁶ Ktr. Utrecht 27 april 2011, *LJN*: BQ3288, r.o. 4.5 - 4.8

¹⁰⁷ Ktr. Almelo 2 december 2011, *JAR* 2012/20

¹⁰⁸ Ktr. Arnhem 15 juli 2010 *LJN*: BN1498, r.o. 4.6

¹⁰⁹ Ktr. Dordrecht 14 juni 2010, *LJN*: BM8174, r.o. 3.7

5 Casus

Zoals aangegeven in de aanleiding wordt hier ingegaan op een casus die bij NobelVanToorn Advocaten speelde. Deze is ook ter verduidelijking en daarom wordt aan de hand van de vorige hoofdstukken hierop ingegaan. Uit het voorgaande is gebleken waaraan voldaan moet zijn wil een wijziging in stand kunnen blijven na toetsing door de rechter. Elke paragraaf gaat in op één van de hoofdstukken.

5.1 Inleiding

Om de casus goed te kunne bespreken staan hieronder de hoofdzaken uit de casus staan geanonimiseerd weergegeven.

De heer Zoet is werkzaam voor Drappel. Namens Drappel adviseert hij andere appelkwekers hoe zij meer appels kunnen kweken. In zijn arbeidsovereenkomst is een bonusregeling opgenomen. Daarin is afgesproken dat hij een bonus krijgt wanneer een bedrijf/klant meer appels kweekt. Deze bonus ontvangt hij per appel die het andere bedrijf meer kweekt dan voorheen. Andere afspraken over de bonusregeling staan er niet in. Hij is heel goed in het kweken van appels en kan bedrijven daarom heel goed meer appels laten kweken. De prijs van appels is recentelijk gedaald en Drappel wil daarom de bonusregeling eenzijdig wijzigen. Hierbij heeft Drappel geen compensatie aangeboden voor het naar beneden wijzigen van de bonusregeling.

5.2 Soort arbeidsvoorwaarde

In hoofdstuk 2 is ingegaan op de verschillende soorten arbeidsvoorwaarden. Hierbij is in dit onderzoek aansluiting gezocht bij de verdeling in primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. Daarbij is in paragraaf 2.4 een opsomming gemaakt van enkele voorbeelden waarbij deze zijn onderverdeeld.

In deze casus gaat het om een bonusregeling van de werknemer. Deze valt zodoende onder secundaire arbeidsvoorwaarden.¹¹⁰

5.3 Wijzigen met wijzigingsbeding

Voor het wijzigen op deze manier moet de werkgever de wijziging baseren op artikel 7:613 BW. Op grond van dit artikel moet, zo blijkt uit hoofdstuk 3, sprake zijn van een wijzigingsbeding en moet de werkgever een voldoende zwaarwegend zwaarwichtig belang hebben.

Bij de casus is sprake van een wijzigingsbeding, omdat deze direct in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Voor het criterium zwaarwichtig belang moet gekeken worden naar de omstandigheden van de onderneming. De omstandigheid die daarbij een grote rol speelt is de financiële positie van het bedrijf. Wel is er sprake van een wijziging van de prijs van de appels.

Daarnaast speelt het mee dat de wijziging gericht is op een individuele werknemer. Hierdoor dient het zwaarwichtig belang nog zwaarder te zijn.¹¹¹ Verder is er ook geen akkoord van de Ondernemingsraad.

¹¹⁰ Zie paragraaf 2.4.

¹¹¹ L. Spaaij, "Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden: Een praktijkvoorbeeld", www.rechternieuws.nl, 8 november 2010.

5.4 Wijzigen via artikel 7:611 BW

Om op basis van goed werkgever- / goed werknemerschap te wijzigen moet voldaan worden aan de criteria uit de arresten HR Van der Lely/Taxi Hofman¹¹² en HR Stoof/Mammoet.¹¹³ Hier komt het erop neer dat de werkgever aanleiding moet hebben gevonden in de gewijzigde omstandigheden om een voorstel te doen van een wijziging. Dit voorstel moet redelijk zijn en de aanvaarding hiervan moet van de werknemer gevergd kunnen worden. Hierbij zijn alle omstandigheden van belang.

De gewijzigde omstandigheid bestond in deze uit de wijziging van de prijs van de appels. De prijs van appels was echter niet verbonden aan de bonus. De bonus was slechts gekoppeld aan de mate waarin hij ervoor kon zorgen dat bedrijven meer kunnen produceren. In deze casus hoefde de werknemer daarom geen rekening te houden met het verlies van zijn bonus. Op basis hiervan kan er vanuit worden gegaan dat de werkgever, ook gezien het positieve resultaat, hierin geen aanleiding kon vinden om te wijzigen.

Daarnaast is er ook geen sprake van enig voorstel tot wijziging. Deze wijziging kan ook daarom de toets van artikel 7:611 BW niet doorstaan.¹¹⁴ Daardoor heeft de werkgever nagelaten om de werknemer te compenseren voor het belang dat met deze wijziging geschaad wordt.

Het ging in de casus om een wijziging op grond van een rechtsgeldig wijzigingsbeding waardoor dit artikel niet van toepassing is. In het geval dit artikel van toepassing zou zijn, zou deze de toets niet hebben kunnen doorstaan.

5.5 Conclusie

De wijziging moet dus worden getoetst aan artikel 7:613 BW. Hier is namelijk sprake van een wijzigingsbeding. De werkgever moet daarom ook voldoen aan het tweede vereiste: zwaarwichtig belang.

Het bedrijf heeft in dit geval onvoldoende zwaarwegend zwaarwichtig belang. Het feit dat de prijs van de appels omlaag gaat is niet zwaarwichtig genoeg. Dit is temeer het geval nu is komen vast te staan dat het bedrijf verder goede bedrijfsresultaten heeft behaald. Indien het wel slecht zou gaan met Drappel en het bedrijf dit ook had kunnen bewijzen zou dit wel voor voldoende zwaarwichtig belang kunnen zorgen.¹¹⁵

Ook het gegeven dat geen enkele andere werknemer wordt gekort op zijn bonus speelt hier een rol.¹¹⁶ Daarnaast zijn de belangen van dhr. Zoet onvoldoende gewaarborgd, door geen compensatie van de werkgever te krijgen voor geschade belangen.

¹¹² HR 26 juni 1998, JAR 1998/199, NJ 1998, 767

¹¹³ HR 11 juli 2008, JAR 2008/204

¹¹⁴ Ktr. Amsterdam 18 augustus 2011 LJN: BR6265.

¹¹⁵ Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, LJN: BV0736, r.o. 7.7.4.

¹¹⁶ L. Spaaij, "Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden: Een praktijkvoorbeeld", www.rechtennieuws.nl, 8 november 2010.

6 Conclusies en aanbevelingen

Voor NobelVanToorn Advocaten is het van belang om een beeld te hebben over wanneer een werkgever eenzijdig arbeidsvoorwaarden mag wijzigen. Vanwege de diverse soorten arbeidsvoorwaarden is aan het begin van het onderzoek onderscheid gemaakt tussen slechts twee soorten.¹¹⁷ De doelstelling luidde als volgt:

‘Uiterlijk op 14 mei 2012 zal ik voor NobelVanToorn advocaten een onderzoeksrapport opleveren waarin ik aan de hand van wet, jurisprudentie en literatuur advies geef in welke gevallen een werkgever primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen.’ In de onderstaande tekst wordt hier antwoord opgegeven.

Arbeidsvoorwaarden komen tot stand door aanbod en aanvaarding. Het maakt hierbij niet uit waar deze in zijn opgenomen. Zolang de werknemer de arbeidsvoorwaarden heeft aanvaard zijn zij van kracht. Deze aanvaarding kan via een individuele arbeidsovereenkomst tot stand komen of wanneer een CAO op hem van toepassing is. Arbeidsvoorwaarden kunnen ook na de arbeidsovereenkomst nog tot stand komen, omdat deze voorwaarden de normale regels voor overeenkomsten volgt van Boek 6 BW. Wanneer men op enig moment, mondeling of schriftelijk, een voorwaarde overeenkomt is deze geldig en moet deze worden nagekomen. Zodoende kan een afspraak over arbeidstijden ook een arbeidsvoorwaarde worden wanneer deze geruime tijd wordt gebruikt.¹¹⁸ Deze voorwaarde kan daarom niet zomaar worden aangepast door de werkgever. Voor deze conclusie is verder van belang dat salaris, arbeidsduur en pensioenvoorziening onder primaire arbeidsvoorwaarden vallen en de overige voorwaarden die hier aanbod komen onder de secundaire.

Wanneer de werkgever wil wijzigen zijn er vier artikelen die hierover gaan, te weten 7:611 BW, 7:613 BW, 6:248 BW en 6:258 BW. De artikelen uit boek 6 worden niet of nauwelijks toegepast door de rechters¹¹⁹, de artikelen uit boek 7 wel, omdat de *lex specialis* boven de *lex generalis* gaat. De werkgever heeft daarom de meeste kans van slagen wanneer hij zijn wijziging laat voldoen aan de vereisten van artikel 7:613 BW (met wijzigingsbeding) of aan artikel 7:611 BW (zonder wijzigingsbeding) (zie hierna).

Eenzijdig wijzigen met wijzigingsbeding via artikel 7:613 BW

Artikel 7:613 BW kan worden toegepast zowel bij primaire als bij secundaire arbeidsvoorwaarden. Een afbakening op dit gebied is niet te herleiden uit de kamerstukken, noch uit de wet en ook niet uit de jurisprudentie. Zo wordt dit artikel in de rechtspraak ook bij beide soorten toegepast.¹²⁰ Een afbakening als deze is ook niet wenselijk, omdat het in sommige gevallen ook voor werknemers nadelig kan zijn om een bepaalde arbeidsvoorwaarde ongewijzigd te laten. Dit was duidelijk bij de uitspraak over de pensioenvoorziening bij Haskoning.¹²¹

Om op deze wijze te mogen wijzigen moet er allereerst sprake zijn van een *wijzigingsbeding*. De werkgever moet dit beding schriftelijk hebben opgenomen in de arbeidsovereenkomst of in een andere overeenkomst / bedrijfsregeling. Het is daarbij raadzaam om het beding in de overeenkomst op te nemen waar ook de te wijzigen arbeidsvoorwaarde in is opgenomen.¹²² Daarnaast kan geconcludeerd worden dat de werkgever sterker staat wanneer hij in dit wijzigingsbeding de arbeidsvoorwaarde(n) opneemt welke hij in de toekomst eventueel wil wijzigen. Dit sluit namelijk aan bij het rechtszekerheids- en kenbaarheidsvereiste, waaruit het schriftelijkheidsvereiste is voortgekomen.¹²³

¹¹⁷ Zie hoofdstuk 2

¹¹⁸ Ktr. Utrecht 27 april 2011, *LJN*: BQ3288, r.o. 4.3.

¹¹⁹ Ktr. Utrecht 16 januari 2008, *JAR* 2008/48 en HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493.

¹²⁰ Hof Arnhem, 26 augustus 2008, *LJN*: BH1421 en Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, *LJN*: BV0736.

¹²¹ Hof Arnhem, 26 augustus 2008, *LJN*: BH1421.

¹²² HR 18 maart 2011, *NJ* 2011, 680, r.o. 3.6.4.

¹²³ Kamerstukken II, 24615, nr. 15.

Ook moet zijn voldaan aan het vereiste van zwaarwichtig belang, waarbij het gaat om de voorbeelden als bedoeld in de Kamerstukken¹²⁴. Veelal gebruikt de werkgever hier als reden bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden. Hier gaat het er verder om dat het zwaarwichtig belang voldoende zwaarte met zich mee brengt om de “hefboom” zodanig te doen bewegen dat er gebruik mag worden gemaakt van het wijzigingsbeding.¹²⁵

Bij de aanwezigheid van een Ondernemingsraad kan de toestemming van deze Raad een aanwijzing vormen voor de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang.¹²⁶ Deze toestemming is daarom ook aan te bevelen. Ook kan het meewegen wanneer de werkgever met voorstellen komt waarbij het belang van de werknemer zo min mogelijk wordt geschaad. Hier moet dan wel sprake zijn van compensatie voor het naar beneden bijstellen van de arbeidsvoorwaarde(n).¹²⁷ Een werkgever mag daarom niet zonder enige compensatie de overeengekomen arbeidsvoorwaarde(n) eenzijdig naar beneden bijstellen. Wanneer de werkgever zich heeft ingespannen om de belangen van de werknemer te waarborgen weegt dit mee in zijn voordeel.¹²⁸ Al deze omstandigheden samen: het zwaarwichtig belang, het redelijke voorstel voor de wijziging, maar ook de inspanningen van de werkgever voor de waarborging van de belangen van de werknemer kunnen ervoor zorgen dat de wijziging de toets doorstaat.

Eenzijdig wijzigen zonder wijzigingsbeding via artikel 7:611 BW

Dit artikel gaat om de begrippen goed werkgever- / goed werknemerschap. Dit artikel is een open norm en bedoeld om geschillen tussen werkgever en werknemer te toetsen. Dit artikel is daarom het juiste artikel om de wijziging op te baseren wanneer er geen wijzigingsbeding is, ook nu uit verschillende jurisprudentie is gebleken dat dit artikel bij zowel primaire als bij secundaire arbeidsvoorwaarde(n) kan worden toegepast. Bij afwezigheid van een wijzigingsbeding heeft de Rechter bij het wijzigen van de functie, waardoor het loon gewijzigd kan worden, de wijziging getoetst aan artikel 7:611 BW.¹²⁹ Hier ging het om een wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden en dit artikel werd toen toegepast. Bij een leaseautoregeling, wat valt onder secundaire arbeidsvoorwaarden, heeft de rechter eveneens artikel 7:611 BW toegepast bij afwezigheid van een wijzigingsbeding.¹³⁰

Om de toets van dit artikel te doorstaan moet de werkgever zich als goed werkgever gedragen bij een wijziging. Wanneer de werkgever hieraan voldoet komt voort uit de arresten HR Van der Lely/Taxi Hofman¹³¹ en HR Stoof/Mammoet¹³².

De algemene toetsingscriteria zijn onder te verdelen in drie vragen:

1. Is er sprake van gewijzigde omstandigheden die nopen tot een wijziging van de arbeidsovereenkomst?
2. Is het gedane voorstel tot wijziging van de overeenkomst in het licht van alle omstandigheden van het geval redelijk?
3. Kan aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer worden gevergd?¹³³

Concreet komt het erop neer dat er sprake moet zijn van gewijzigde omstandigheden die ervoor zorgen dat de werkgever (een) arbeidsvoorwaarde(n) moet wijzigen. Geconcludeerd is dat de werkgever sterker staat wanneer er meer en beter onderzoek is gedaan naar andere mogelijke wijzigingen.¹³⁴ Wanneer het wijzigen van (een) arbeidsvoorwaarde(n) hieruit naar voren komt moet de werkgever een redelijk voorstel tot wijziging van die voorwaarde(n) doen. Bij de afweging of het een redelijk voorstel betreft spelen alle omstandigheden van het geval een rol. Hierbij kan men denken aan de bereidwilligheid van de werkgever om mee te

¹²⁴ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 23-24.

¹²⁵ N. Gundt, “Art. 7:613 BW als rechtsgrondslag voor wijziging van (kern)arbeidsvoorwaarden?”, TRA aflevering 3 maart 2009.

¹²⁶ Ktr. Utrecht 23 maart 2011, L/N BP7701.

¹²⁷ Hof Arnhem, 8 september 2009, L/N: BL1049

¹²⁸ Hof Arnhem, 8 september 2009, L/N: BL1049, r.o. 4.14.

¹²⁹ Ktr. Almelo 16 juni 2011, L/N: BQ8243.

¹³⁰ Ktr. Arnhem 15 juli 2010 L/N: BN1498.

¹³¹ HR 26 juni 1998, JAR 1998/199, NJ 1998, 767

¹³² HR 11 juli 2008, JAR 2008/204

¹³³ Ktr. Utrecht 27 april 2011 L/N: BQ3288, r.o. 4.4.

¹³⁴ Hof Arnhem, 8 september 2009, L/N: BL1049, r.o. 4.8.

denken over een oplossing voor de te schaden belangen. Wanneer de belangen van de werknemer slechts minimaal worden geschaad door het voorstel en het belang van de werkgever vaststaat, kunnen de inspanningen van de werkgever ervoor zorgen dat de wijziging de toets aan dit artikel kan doorstaan. Zo is gebleken dat wanneer de werkgever zich heeft ingespannen om een oplossing te bedenken en de werknemer hier, zonder gegronde redenen, niet aan mee werkt de wijziging de toets kan doorstaan.¹³⁵

De werkgever doet er, bij een wijziging via artikel 7:611 BW, verstandig aan om de volgende vragen te beantwoorden voordat hij gaat wijzigen:

- Zijn er omstandigheden gewijzigd op het werk waardoor ik als goed werkgever een voorstel kan doen om arbeidsvoorwaarde(n) te wijzigen?
- Zijn er andere mogelijkheden die meer voor de hand liggen om te wijzigen?
- Is het gedane voorstel redelijk in verhouding tot de belangen van de werknemer?
- Op welke manier kan ik als goed werkgever de werknemer tegemoet komen in zijn belangen?

Wijzigen van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden

Bij primaire en bij secundaire arbeidsvoorwaarden mag de werkgever gebruik maken van beide artikelen. Voor het doorstaan van de toets aan deze artikelen maakt het uit om welke soort het gaat.

Bij primaire arbeidsvoorwaarden wordt strenger getoetst en zal de noodzakelijkheid van de wijziging moeten worden gesteld en indien nodig moeten worden bewezen. Hierbij maakt het niet uit of de wijziging plaatsvindt aan de hand van het goed werkgever- / goed werknemerschap van artikel 7:611 BW of aan de hand van een wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW. Bij artikel 7:611 wordt namelijk in het geval van primaire arbeidsvoorwaarden dezelfde maatstaf toegepast als bij artikel 7:613 BW. Hier wordt namelijk ook het criterium zwaarwichtig belang getoetst.¹³⁶ Verder moet de werkgever bij beide soorten arbeidsvoorwaarden goed onderzoeken in hoeverre andere maatregelen genomen kunnen worden. Daarnaast moet de werkgever ook de belangen van de werknemer goed waarborgen. Dit kan hij realiseren wanneer hij een goede compensatie voorstelt voor het naar beneden aanpassen van de arbeidsvoorwaarde(n).

Bij de secundaire arbeidsvoorwaarden maakt het wel uit of er sprake is van een wijzigingsbeding. In het geval van een dergelijk beding moet de werkgever namelijk stellen en indien nodig bewijzen dat er sprake is van een voldoende zwaarwegend zwaarwichtig belang. Wanneer de werkgever de wijziging wil baseren op artikel 7:611 BW moet hij een redelijk voorstel doen aan de werknemer zodat diens belangen voldoende worden gecompenseerd. Geconcludeerd kan dan ook worden dat het bij secundaire arbeidsvoorwaarden eenvoudiger is om via artikel 7:611 BW te wijzigen.

¹³⁵ Ktr. Almelo 2 december 2011, JAR 2012/20.

¹³⁶ Ktr. Almelo 16 juni 2011, L/N: BQ8243, r.o. 4.4.

Jurisprudentie

Om te verduidelijken in welke gevallen de wijziging door de toetsing komt staat in het schema hieronder weergegeven wat de rechter heeft bewogen om in deze specifieke gevallen de wijziging in stand te houden:

Artikel 7:611 BW	Specifieke eisen	Artikel 7:613 BW	Specifieke eisen
Arbeidstijden wijzigingen ¹³⁷	– Tijdig kenbaar maken – Niet direct in laten gaan	Bonusregeling ¹³⁸	– Tijdig kenbaar maken – De tot het moment van wijziging opgebouwde bonus uitkeren
Arbeidstijden Verkorten ¹³⁹	– Tijdig kenbaar maken – Niet direct in laten gaan – Geen medewerking van de werknemer	Leaseauto-regeling ¹⁴⁰	– Financiële compensatie Bijv.: * Een bedrag p.m. met afbouwend karakter * Renteloze lening om de auto over te nemen
Bonusregeling	– Tijdig kenbaar maken – De tot het moment van wijziging opgebouwde bonus uitkeren	Pensioen-voorziening ¹⁴¹	– Onderzoek verrichten – Geen andere wijzigingsmogelijkheden – Instemming ondernemingsraad
Leaseauto-regeling ¹⁴²	– Financiële compensatie Bijv.: * Een afbouwend bedrag p.m. * Renteloze lening om de auto over te nemen	Thuiswerk-faciliteiten ¹⁴³	– Instemming Ondernemingsraad / anders meer zwaarwichtige omstandigheden aantonen – De regeling moet blijven voldoen aan het oorspronkelijke doel
Loonwijzigingen ¹⁴⁴	– Dossier aanmaken over functioneren – Cursussen en dergelijke aanbieden waardoor hij beter zou moeten kunnen functioneren		

Slotconclusie

De slotconclusie is dat een werkgever eenzijdig arbeidsvoorwaarden mag wijzigen in die gevallen dat de wijziging goed is overwogen en de werknemer goed wordt gecompenseerd. Bij elke eenzijdige wijziging is het aan te bevelen om dit goed te onderzoeken en vooral goed stil te staan bij de belangen van de werknemer welke door deze wijziging geschaad zullen worden. Voor een wijziging die stand houdt na toetsing door de rechter is het aan te bevelen om hierbij geen onderscheid te maken tussen primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. Wel is het aan te bevelen om wijziging van secundaire arbeidsvoorwaarden te baseren op artikel 7:611 BW. Hierbij is geen zwaarwichtig belang nodig om te mogen wijzigen en kan de wijziging de toets eenvoudiger doorstaan.

¹³⁷ Ktr. Utrecht 27 april 2011, *LJN*: BQ3288, r.o. 4.5 - 4.8

¹³⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 27 december 20011, *LJN*: BV0736, r.o. 7.7.4

¹³⁹ Ktr. Almelo 2 december 2011, *JAR* 2012/20

¹⁴⁰ Hof Arnhem, 8 september 2009, *LJN*: BL1049, r.o. 4.14

¹⁴¹ Hof Arnhem, 26 augustus 2008, *LJN*: BH1421, r.o. 4.15

¹⁴² Ktr. Arnhem 15 juli 2010 *LJN*: BN1498, r.o. 4.6

¹⁴³ Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *LJN*: BP7701, r.o. 4.9

¹⁴⁴ Ktr. Dordrecht 14 juni 2010, *LJN*: BM8174, r.o. 3.7

7 Evaluatie

Hierin zal aan de hand van sterke en zwakke punten het verloop van de scriptie worden besproken. Ook wordt hierin de bruikbaarheid van deze scriptie bepaald.

Sterke punten

In het begin verliep het samenstellen van het onderzoek goed maar niet snel. De doelstelling was daarbij als laatste van het onderzoeksplan geformuleerd. Dit had vooral te maken met het feit dat er geen onderzoek klaar lag en ik zelf alles mocht invullen aan de hand van een casus. Ik ben nauwelijks afgeweken van het onderzoeksplan. Naar aanleiding van mijn onderzoeksresultaten heb ik wel mijn onderzoek afgebakend. Daardoor moest ik ook mijn hoofdstukindeling wijzigen. Door het afbakenen van mijn onderzoek ben ik dicht bij mijn doelstelling gebleven.

Zwakke punten

Deze zitten vooral in het schrijfproces. Ik vond het moeilijk om te gaan schrijven. Ik vond het lastig om te bepalen wat wel op te nemen en wat niet. Daarnaast was de focus in eerste instantie voornamelijk gericht op schrijven en niet op inhoud, dus meer op kwantiteit dan op kwaliteit. Hierdoor schreef ik in het begin vrij onduidelijk. Daardoor moest ik mijn schrijfstijl halverwege aanpassen en datgene wat ik al geschreven had herschrijven. Dit zorgde voor veel vertraging, maar ik heb daar wel veel van geleerd.

Bruikbaarheid

Deze scriptie geeft aan wanneer Rechters op dit moment de wijziging in stand houden en wat hierbij een belangrijke rol speelt. Hieruit kan worden opgemaakt wat belangrijk is om rekening mee te houden wanneer een werkgever arbeidsvoorwaarden eenzijdig wil wijzigen. Mede vanwege de recente jurisprudentie en de voorbeelden van geslaagde wijzigingen is de bruikbaarheid hoog.

Literatuurlijst

Boeken

- **Asser 2008**
C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten; Arbeidsovereenkomst, Collectieve Arbeids-overeenkomst en Ondernemingsovereenkomst, Asser 7-V**, Deventer: Kluwer uitge-verij 2008
- **Gundt 2009**
N. Gundt, 'Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibi-liteit?', Deventer: Kluwer uitgeverij 2009
- **Loonstra & Zondag 2010**
C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010
- **Plug 2004**
J. Plug, *Arbeidsvoorwaarden beleid en toepassing*, Boom Lemma uitgevers 2004
- **Slooten 1999**
J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999

Tijdschriften

- **Gundt 2009**
N. Gundt, 'Art. 7:613 BW als rechtsgrondslag voor wijziging van (kern) arbeidsvoor-waarden?', TRA aflevering 3 maart 2009.
- **Loonstra, Fiselier & Vink 2007**
C.J. Loonstra, M.E.S. Fiselier & B.R. Vink, 'Ontwikkelingen rechtspraak eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden', *Sociaal Recht* (2) 2007
- **Slooten 2008**
J.M. Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht', ARA 2008 / 3

Kamerstukken en adviesrapport

- Kamerstukken II 1993/94, 23438, nr. 3
- SER-advies 1994-06
- Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3
- Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 15
- Kamerstukken II 1997/98, 24615, nr. 81a

Internet

- www.rechtennieuws.nl
- www.rechtspraak.nl
- www.rijksoverheid.nl
- www.kluwer.nl