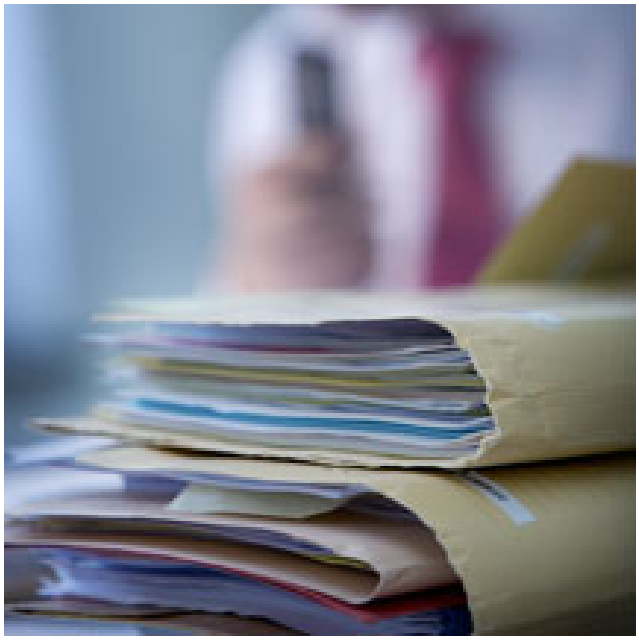
Boels
Zanders
Advocaten

De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden

Een onderzoek naar de verhoudingen tussen de criteria van artikel 7:613 BW, 7:611 BW, 6:248 lid 2 BW, 6:258 BW en die van het wijzigingsontslag inzake de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging en de haalbaarheid daarvan.



Auteur : Ivo Terhaag
Studentnummer : 9960146

De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden

Een onderzoek naar de verhoudingen tussen de criteria van artikel 7:613 BW, 7:611 BW, 6:248 lid 2 BW, 6:258 BW en die van het wijzigingsontslag inzake de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging en de haalbaarheid daarvan.

Auteur	:	Ivo Terhaag
Studentnummer	:	9960146
Afstudeerorganisatie	:	Boels Zanders NV
Afstudeermentor	:	Mr. Erik Jansen
Opleiding	:	Juridische Hogeschool, HBO-Recht
Afstudeerdocenten	:	Mr. Meryem Soysüren, Mr. Ad van Dooren
Verschijningsdatum	:	Venlo, januari 2012

Inhoudsopgave

Samenvatting

1. Inleiding p. 7

2. Onderzoeksformulering p. 8
2.1 Probleembeschrijving p. 9
2.2 Doelstelling p. 9
2.3 Centrale vraag p. 9
2.4 Deelvragen p. 9

3. Op welke wijze is de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden in de wet geregeld? p. 11
3.1 Arbeidsvoorwaarde of extraatje? P. 11
3.1.1 Wijziging van een arbeidsvoorwaarde of instructiebevoegdheid? P. 12
3.2 Wijzigingsbeding p. 13
3.2.1 Schriftelijkheidsvereiste p. 14
3.2.2 Rol ondernemingsraad p. 14
3.2.3 Rechtspraak art. 7:613 BW p. 15
3.3 Ontbreken wijzigingsbeding p. 16
3.3.1 Taxi Hofman-arrest p. 17
3.3.2 Stoof/Mammoet-arrest p. 17
3.3.3 Rechtspraak Stoof/Mammoet-criterium p. 18
3.4 Artikel 6:248 lid 2 BW p. 20
3.5 Artikel 6:258 BW p. 21

4. Wat heeft de Hoge Raad bepaald op 24 december 2010 in het Woonzorgarrest en wat betekent dit voor het toepassingsbereik van het wijzigingsontslag via het UWV? p. 24
4.1 Achtergrond casus p. 24
4.2 Oordeel Hoge Raad p. 24
4.3 Commentaar op de uitspraak p. 25
4.4 Toepassingsbereik wijzigingsontslag p. 25

5. Op welke wijze is het wijzigingsontslag in de wet geregeld? P. 27
5.1 Beleidsregels ontslagtaak UWV p. 27
5.2 Verschil tussen UWV-procedure en ontbindingsprocedure p. 28
5.3 Deeltijdontslag en wijzigingsontslag p. 28
5.4 Voorwaarde en premisse p. 29
5.5 Toetsingscriterium UWV p. 30
5.6 Kennelijk onredelijk ontslagprocedure p. 30

6. In hoeverre kan men een arbeidsvoorwaarde die is vastgelegd in een cao eenzijdig wijzigen? p. 32
6.1 Gebondenheid aan de cao p. 32
6.2 Wijziging van arbeidsvoorwaarde(n) uit cao p. 33

7. Wat zijn de verschillen tussen de wijzigingstechnieken van artikel 7:613 BW, artikel 7:611 BW, artikel 6:248 lid 2 BW, artikel 6:258 BW en de eenzijdige wijziging via het wijzigingsontslag? p. 34
7.1 Wel of geen wijzigingsbeding? P. 34
7.2 Individuele eenzijdige wijziging of eenzijdige wijziging met collectief karakter? p. 36

7.3 Aard van de arbeidsvoorwaarde p. 38
7.3.1 Wijziging werktijden/rooster p. 38
7.3.2 Functiewijziging p. 39
7.3.3 Materiële arbeidsvoorwaarden p. 39
7.4 Het wijzigingsontslag p. 40
7.5 Schematisch overzicht p. 41

8. Conclusies en aanbevelingen p. 43

9. Literatuurlijst p. 48

Bijlage p. 54

Samenvatting

Bij het bepalen of een arbeidsvoorwaarde kan worden gewijzigd is het van belang om na te gaan of iets kan worden aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde. Niet alle arbeidsvoorwaarden worden schriftelijk vastgelegd. Als een werkgever zijn personeel jarenlang onverplicht een bonus uitkeert, dan kan het zijn dat deze gift een verkregen recht is geworden. De werkgever kan dan niet zomaar besluiten om deze bonus niet meer uit te keren. Het is niet duidelijk waar de grens tussen een gift en een arbeidsvoorwaarde is.

De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden is wettelijk vastgelegd in art. 7:613 BW. De werkgever kan een beding opnemen dat hem de bevoegdheid geeft om een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. De werkgever kan het beding slechts gebruiken 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. Het beding dient schriftelijk te zijn overeengekomen. Uit het arrest van de Hoge Raad van 19 maart 2011 (Monsieurs/Wegener) blijkt dat het beding ook in een andere regeling kan zijn opgenomen, het moet dan wel zien op een voorwaarde uit deze regeling. Uit de rechtspraak blijkt dat instemming van de ondernemingsraad met de wijziging gewicht legt in de schaal, indien moet worden gewogen of er zwaarwegende belangen aanwezig zijn aan de kant van de werkgever. Indien de werkgever zich niet middels een beding het recht heeft voorbehouden om een arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen, kan hij terugvallen op art. 7:611 BW. De Hoge Raad heeft in het Stoof/Mammoet-arrest uit 2008 het volgende toetsingscriterium geformuleerd. Bij de vraag of van de werknemer aanvaarding van een wijzing van de overeenkomst op grond van het goed werknemerschap kan worden gevergd, dient in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever in de gewijzigde omstandigheden als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. Als daarvan sprake is, dient vervolgens te worden onderzocht of aanvaarding van het voorstel van het door de werkgever gedane voorstel in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden. Als dat ook het geval is, komt de werknemer het recht niet toe het voorstel tot wijziging te weigeren.

Indien de werkgever geen wijzigingsbeding is overeengekomen en hij wil een eenzijdige wijziging met een collectief karakter doorvoeren, dan zal de rechter toetsen aan het criterium van art. 6:248 lid 2 BW. De werkgever dient dan aan te tonen dat ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bij een eenzijdige wijziging met een collectief karakter moet men denken aan de wijziging van een reiskostenregeling of een suppletieregeling bij ziekte. Art. 6:258 BW is een lex specialis van art. 6:248 lid 2 BW en ziet op situaties waarin er sprake is van gewijzigde omstandigheden. Hiervoor geldt hetzelfde zware toetsingscriterium als art. 6:248 lid 2 BW.

Uit de rechtspraak blijkt dat bepaalde arbeidsvoorwaarden de redelijkheidstoets makkelijker doorstaan dan andere arbeidsvoorwaarden. Zo wordt er bij gewijzigde werkroosters en werktijden vaak enige mate van flexibiliteit van de werknemer verwacht. Indien de werkgever materiële arbeidsvoorwaarden wil wijzigen zoals bijvoorbeeld het salaris, dan zal deze wijziging de redelijkheidstoets niet snel doorstaan, ongeacht welk toetsingscriterium wordt gehanteerd.

Op 24 december 2010 heeft de Hoge Raad in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure het wijzigingsontslag gelegitimeerd. Werkgever had een ontslagaanvraag bij het UWV ingediend, hierbij had hij de premisse gesteld dat hij aansluitend aan het ontslag een nieuwe arbeidsovereenkomst zou aanbieden, zij het met gewijzigde arbeidsvoorwaarden. De werknemer startte een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De Hoge Raad oordeelde dat het wijzigingsontslag binnen het toepassingsbereik van het BBA valt en het ontslag in casu niet kennelijk onredelijk was. De Hoge Raad gaf aan dat het hier niet ging om een deeltijdontslag, maar om een wijzigingsontslag omdat ook de functie wijzigde. UWV zag de casus van de Hoge Raad niet als een wijzigingsontslag maar als een deeltijdontslag. UWV geeft verder aan dat zij alleen het structureel verval van arbeidsplaatsen toetsen, 'alles of niets'. Zij betogen dat UWV alleen een ontslagvergunning verleent indien aannemelijk is gemaakt dat de arbeidsplaats (gedeeltelijk) komt te vervallen. Als de werkgever slechts de arbeidsvoorwaarden wil wijzigen, vervalt in de visie van UWV de arbeidsplaats niet, en wordt er geen ontslagvergunning verleend. Alhoewel UWV niet blij is met het wijzigingsontslag, verandert dit niets aan het feit dat de Hoge Raad het wijzigingsontslag ziet als een instrument dat past in ons ontslagstelsel. De werkgever dient er wel rekening mee te houden dat de werknemer een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kan starten. Aangezien UWV aangeeft dat zij alleen een ontslagvergunning verlenen indien de werkgever aantoont dat er een arbeidsplaats geheel of gedeeltelijk komt te vervallen, is het toepassingsbereik van het wijzigingsontslag beperkt.

Voor een werkgever is het van belang om altijd een wijzigingsbeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Op deze manier voorkom je dat een rechter zal toetsen aan de hand van de strenge maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW of art. 6:258 BW. Het opnemen van een wijzigingsbeding betekent niet dat de werkgever de wijziging dan in bepaalde gevallen niet kan laten toetsen aan de hand van art. 7:611 BW. Door het opnemen van een wijzigingsbeding houdt de werkgever de meeste opties open. Het wijzigingsontslag is alleen te gebruiken indien de werkgever kan aantonen dat er een arbeidsplaats geheel of gedeeltelijk komt te vervallen.

1. Inleiding

Alvorens in te gaan op de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden wordt aan het begin van hoofdstuk 2 stilgestaan bij het begrip arbeidsvoorwaarde. Vervolgens wordt aandacht besteed aan het contractueel overeengekomen wijzigingsbeding zoals vastgelegd in art. 7:613 BW. Aan de hand van voorbeelden zal worden toegelicht hoe de rechter het toetsingscriterium van art. 7:613 BW hanteert. Daarna wordt ingegaan op de situatie waarbij geen wijzigingsbeding is overeengekomen. Aan de hand van 'standaard-jurisprudentie' van de Hoge Raad zal geschetst worden wat de toetsingscriteria is die rechters dienen toe te passen. Hier wordt aandacht besteed aan de toetsingscriteria van art. 7:611 BW, art. 6:248 lid 2 BW en 6:258 BW.

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op het wijzigingsontslag via het UWV, daartoe zullen de 'Beleidsregels ontslagtaak UWV' aan bod komen, zal het verschil tussen een deeltijdontslag en een wijzigingsontslag worden toegelicht en wordt nader uitgezocht wat het toetsingscriterium is dat het UWV hanteert bij een wijzigingsontslag.

Vervolgens zal in hoofdstuk 4 het zogenoemde Woonzorg-arrest worden behandeld. In dit arrest 'legitimeerde' de Hoge Raad het wijzigingsontslag via het UWV. Er wordt nader ingegaan op de mogelijke kennelijke onredelijkheid van een wijzigingsontslag en in samenhang met hoofdstuk 3 wordt gekeken naar het toepassingsbereik van een wijzigingsontslag.

In het volgende hoofdstuk wordt gekeken naar de wijziging van arbeidsvoorwaarden die in een cao zijn vastgelegd. Er zal uiteengezet worden hoe een werknemer gebonden kan zijn aan een cao en hoe deze cao-bepalingen kunnen worden gewijzigd.

Bovenstaande hoofdstukken behandelen vooral de theoretische kant van de eenzijdige wijziging en de daaraan verwante begrippen en bepalingen. In hoofdstuk 6 zullen de verschillen tussen toetsingscriteria van art. 7:613 BW, art. 7:611 BW, art. 6:248 lid 2 BW, art. 6:258 BW en die van het wijzigingsontslag worden belicht. Er wordt ingegaan op het verschil tussen een individuele eenzijdige wijziging en een eenzijdige wijziging met een collectief karakter, waarbij de nadruk wordt gelegd op de verschillen in de toetsingscriteria. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de aard van de arbeidsovereenkomst en in hoeverre deze van belang is bij de beoordeling van eenzijdige wijziging door de rechter.

In hoofdstuk 7 worden conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan aan Boels Zanders zodat zij haar cliënten optimaal van dienst kan zijn.

Voor de leesbaarheid van de scriptie is 'hij' geschreven waar bedoeld wordt 'hij/zij'.

2. Onderzoeksformulering

§ 2.1 Probleembeschrijving

Boels Zanders NV is een advocatenkantoor met vestigingen in Venlo, Roermond, Maastricht en Eindhoven. Vrijwel al haar cliënten zijn bedrijven/werkgevers. Op de sectie arbeidsrecht komen geregeld vragen binnen van cliënten over de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Mag een werkgever na afloop van een pensioenregeling een nieuwe (versoberde) regeling aanbieden? Mag een werkgever in de bedrijfskantine een lunch beschikbaar stellen voor haar werknemers en voor het gebruik daarvan maandelijks EUR 15,00 inhouden op het salaris van haar werknemers? Waar moet de werkgever rekening mee houden als hij het werkrooster wil wijzigen?

Voor een werkgever is het bepaald niet eenvoudig om overeengekomen arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Gezien de huidige economisch slechte tijden zijn veel werkgevers geneigd om de arbeidsvoorwaarden van een of meerdere werknemers te wijzigen zodat kosten worden bespaard. Denk hierbij aan een afschaffing van de 13^{e} maand, de bonusregeling, een leaseauto, alsmede een wijziging van de functie van de werknemer. Er is onderscheid te maken tussen eenzijdige wijzigingen ex artikel 7:613 Burgerlijk Wetboek (BW) waarbij in de onderhavige arbeidsovereenkomst een wijzigingsbeding is opgenomen en eenzijdige wijzigingen waarbij geen wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Naast de vereisten van artikel 7:613 BW zijn er bepaalde criteria uit de jurisprudentie ontstaan voor het geval de werkgever geen eenzijdig wijzigingsbeding heeft opgenomen. Zo heeft de Hoge Raad in 1998 in het Taxi-Hofman-arrest op basis van het goedwerkgeverschap en goedwerknemerschap van artikel 7:611 BW de Taxi Hofman-formule geformuleerd. Deze Taxi Hofman-formule is door de Hoge Raad in 2008 genuanceerd/uitgewerkt in het Stoof/Mammoet-arrest. Daarnaast wordt er in enkele gevallen op grond van artikel 6:248 BW en/of artikel 6:258 BW getoetst. Anno 2011 is het voor velen niet meer duidelijk wat precies de verschillen zijn tussen de criteria waaraan wordt getoetst (artikel 7:613 BW, artikel 7:611 BW, artikel 6:248 BW, artikel 6:258 BW) indien er een geschil wordt beslecht omtrent een eenzijdige wijziging.

Inmiddels is gebleken dat er ook via een andere weg eenzijdige wijzigingen kunnen worden doorgevoerd. Op 24 december 2010 heeft de Hoge Raad een arrest ex-artikel 7:681 BW gewezen met betrekking tot het wijzigingsontslag (het Woonzorg-arrest). In deze zaak heeft een werkgever (Stichting Woonzorg) de toenmalige CWI om toestemming verzocht tot opzegging van de arbeidsovereenkomst. Woonzorg geeft hierbij te kennen dat aansluitend op het ontslag de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst zal worden aangeboden, zij het met aangepaste arbeidsvoorwaarden. De CWI verleent de vergunning en stelt daarbij de premisse dat de werknemer na ontslag opnieuw in dienst wordt genomen. De werknemer aanvaardt de functie maar heeft inmiddels een procedure gestart op grond van artikel 7:681 BW. Er wordt ondermeer gesteld dat de opzegging ex artikel 6 BBA kennelijk onredelijk kan zijn omdat deze opzegging in feite een wijziging van de arbeidsvoorwaarden betreft. De werkgever omzeilt daarmee de zwaardere toets van artikel 7:613 BW en 7:611 BW (Taxi-Hofman). De Hoge Raad oordeelt uiteindelijk dat er in casu geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Dit arrest biedt werkgevers dus de mogelijkheid om via het

wijzigingsontslag een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door te voeren indien zij zich daartoe genoodzaakt zien.

Door deze nieuwe ontwikkeling bestaat er dus naast de mogelijkheid van artikel 7:613 BW, artikel 7:611 BW, artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 6:258 BW een mogelijkheid om via het UWV door middel van het wijzigingsontslag arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen.

Naar aanleiding van deze ontwikkeling heeft Boels Zanders behoefte aan een onderzoeksrapport betreffende de huidige stand van zaken met betrekking tot de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Aangezien het wijzigingsontslag nu door de Hoge Raad is gelegitimeerd wil Boels Zanders onderzocht hebben of dit een gunstige manier is om eenzijdige wijzigingen door te voeren voor haar cliënten, zijnde werkgevers. Wat is nu in welke situatie de beste en meeste haalbare mogelijkheid om een eenzijdige wijziging te bewerkstelligen? Is het (nog) van belang om een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen? Wat is het toepassingsbereik van het wijzigingsontslag? Aan welke criteria toetst het UWV een wijzigingsontslag? Dit zijn allemaal vragen die aan de hand van het onderzoek uitgezocht en beantwoord dienen te worden. Voor Boels Zanders is het van belang om de criteria van de verschillende voorgenoemde artikelen uit het Burgerlijk wetboek met betrekking tot de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden te vergelijken met de criteria die het UWV hanteert bij het wijzigingsontslag. De onderzoeksresultaten gebruikt Boels Zanders om haar cliënten zo goed mogelijk te adviseren op het gebied van de (eenzijdige) wijziging van arbeidsvoorwaarden.

§ 2.2 Doelstelling

Op 10 januari 2012 aan Boels Zanders NV een onderzoeksrapport presenteren waarin de verschillende methoden van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden (artikel 7:611 BW, artikel 7:613 BW, artikel 6:248 lid 2 BW, artikel 6:258 BW en het wijzigingsontslag) worden uiteengezet en wordt beoordeeld welke methode in welke situatie de voorkeur heeft voor werkgevers, zodat Boels Zanders aan de hand van dit rapport deze werkgevers op dit gebied van adequaat advies kan dienen.

§ 2.3 Centrale vraag

Hoe verhouden de mogelijkheden tot eenzijdige wijziging van artikel 7:613 BW, artikel 7:611 BW, artikel 6:248 lid 2 BW, artikel 6:258 BW en die van het wijzigingsontslag zich tot elkaar wat betreft de haalbaarheid voor een werkgever die voornemens is een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door te voeren?

§ 2.4 Deelvragen

Op welke wijze is de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden in de wet geregeld?

- Wijzigingsbeding artikel 7:613 BW, criterium.
- Schriftelijkheidsvereiste, in arbeidsovereenkomst opnemen?
- Ontbreken wijzigingsbeding artikel 7:611 BW.
- Taxi Hofman (schets van de casus),criterium.
- Stoof/Mammoet-arrest (schets van de casus) nuancering/uitwerking Taxi Hofman-criterium.
- Artikel 6:248 lid 2 BW, criterium.

- Artikel 6:258 BW, criterium.

Wat heeft de Hoge Raad bepaald op 24 december 2010 in het Woonzorgarrest en wat betekent dit voor het toepassingsbereik van het wijzigingsontslag via het UWV?

- Achtergrond casus.
- Oordeel Hoge Raad.
- Toepassingsbereik wijzigingsontslag?

Op welke wijze is het wijzigingsontslag in de wet geregeld?

- Beleidsregels ontslagtaak UWV.
- Verschil deeltijdontslag en wijzigingsontslag.
- Voorwaarde en premisse.
- Toetsingscriterium UWV?

In hoeverre kan men een arbeidsvoorwaarde die is vastgelegd in een CAO eenzijdig wijzigen?

- Gebondenheid aan de cao?
- Algemeen verbindend verklaard?
- Wijziging van arbeidsvoorwaarde uit cao.

Wat zijn de verschillen tussen de eenzijdige wijziging via artikel 7:613 BW, artikel 7:611 BW, artikel 6:248 lid 2 BW, artikel 6:258 BW en de eenzijdige wijziging via het wijzigingsontslag?

- Wel of geen beding opgenomen in arbeidsovereenkomst?
- Individueel of collectief.
- Verschillende criteria.
- Kans op kennelijk onredelijk ontslag procedure.

Conclusies en aanbevelingen

3. Op welke wijze is de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden in de wet geregeld?

Alvorens de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden te bespreken, is het van belang te weten wanneer iets als een arbeidsvoorwaarde kan worden aangemerkt. Verder is het van belang om onderscheid te maken tussen een wijziging van een arbeidsvoorwaarde en een ordevoorschrift op grond van art. 7:660 BW, dit wordt behandeld in § 3.1.2. Hierna zal worden aangegeven waar de wettelijke bevoegdheid is geregeld voor de werkgever om een eenzijdige wijziging door te voeren. Voorts komt het schriftelijkheidsvereiste van het wijzigingsbeding aan bod. Daarnaast wordt de rol van de ondernemingsraad bij een (voorgenomen) eenzijdige wijziging besproken en wordt nader ingegaan op enkele rechtspraak rondom de eenzijdige wijziging ex artikel 7:613 BW. Vervolgens wordt aan de hand van 'standaardjurisprudentie' van de Hoge Raad aangegeven hoe er wordt getoetst indien de werkgever geen wijzigingsbeding is overeengekomen. Tot slot komt de wettelijke grondslag en bijbehorende rechtspraak van eenzijdige wijzigingen op grond van art. 6:248 lid 2 BW en 6:258 BW aan bod.

§ 3.1 Arbeidsvoorwaarde of extraatje?

Het is van belang om te weten of er sprake is van een arbeidsvoorwaarde die wordt gewijzigd. Niet alle arbeidsvoorwaarden worden in de arbeidsovereenkomst vastgelegd. Het komt vaak voor dat werkgevers bepaalde voordelen zomaar toekennen aan hun werknemers. Hierdoor is het vaak onduidelijk of een bepaald 'voordeel' een arbeidsvoorwaarde is of niet. Indien er eenmalig een bonus is uitgekeerd en er vervolgens in het daarop volgende jaar geen bonus wordt uitgekeerd zal er sprake zijn geweest van een gunst. Wordt er in een bedrijf echter jarenlang een bonus uitgekeerd en besluit de directie om deze bonussen af te schaffen of te verlagen, dan is de bonus waarschijnlijk wel aan te merken als een arbeidsvoorwaarde. De belangrijke vraag is wanneer een aan de werknemer toegekend voordeel het karakter heeft gekregen van een arbeidsvoorwaarde.[1] De grens tussen een extraatje (een gunst) en een verkregen recht (een arbeidsvoorwaarde) is lastig te bepalen. De Hoge Raad heeft over deze vraag nog geen bepalend arrest gewezen. Het hof Den Bosch heeft in een zaak waarin een werkgever een (niet op schrift gestelde) suppletieregeling wijzigde, geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsvoorwaarde.[2] De regeling was als een in de praktijk gegroeid gebruik deel uit gaan maken van de arbeidsovereenkomsten. De uitspraak van het hof wordt verder uitgewerkt in § 3.4 van dit hoofdstuk.

De lagere rechtspraak is verdeeld over de vraag of iets een verkregen recht is. Zo aanvaardde de kantonrechter Utrecht relatief snel dat er sprake was van een verworven recht.[3] Deze aanvaarding werd gemotiveerd door een beroep op het vertrouwensbeginsel. Indien een werkgever ten onrechte het vertrouwen van een werknemer heeft opgewekt, moet hij hiervan de gevolgen dragen. In de zaak bij de kantonrechter Utrecht betaalde de werkgever (onverplicht) 100% van het loon bij ziekte. Omdat dit gedurende verschillende ziekteperiodes gebeurde en dit ook bij collega's werd gedaan, was er volgens de kantonrechter sprake van een bestendig gebruik dat gevolgd

[1] W.A. Zondag, '*Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak'*, Ara 2006/3.
[2] Hof Den Bosch 18 juni 2001, *JAR* 2003/128.
[3] Ktr. Utrecht 28 juni 2006, *JAR* 2006/234.

moest worden. Een andere kantonrechter in Utrecht stelde zich veel restrictiever op.[4] Hierbij was de gedachte dat vrijgevigheid van de werkgever niet te snel mocht worden opgevat als een impliciet gemaakte afspraak. De werkgever in deze zaak had zes jaar lang een fout in de berekening van een persoonlijke toeslag gemaakt. De kantonrechter oordeelde dat van de werknemer mocht worden verwacht dat hij zijn loonstrook zou controleren, mede omdat er veel was onderhandeld over de persoonlijke toeslag. De werkgever mocht het teveel betaalde bedrag terugvorderen. In 2006 speelde een zaak waarin werd geoordeeld toestemming voor nevenactiviteiten niet moet worden gezien als een gunst maar als een andere overeenkomst die niet zomaar eenzijdig kan worden gewijzigd.[5]

Jellinghaus heeft in zijn dissertatie aandacht besteed aan bovengenoemd vraagstuk.[6] Hij komt tot de conclusie dat oplossing van de problematiek moet worden gezocht in een omkering van de bewijslastverdeling ten gunste van de werknemer wanneer de werkgever gedurende een langere periode (een periode van vijf jaar) vergoedingen of andere voordelen aan de werknemer heeft toegekend. Hij is van mening dat op deze wijze het beste wordt tegemoet gekomen aan de gerechtvaardigde belangen van beide partijen. Zondag onderschrijft de gedachte van Jellinghaus, hij twist wel over de lange termijn van vijf jaar.[7] Deze lange termijn zou volgens hem werkgevers kunnen aansporen om zo min mogelijk op schrift te stellen. Dit druist dan juist weer in tegen de geest van art. 7:655 BW, de informatieplicht van de werkgever.

§ 3.1.2 Eenzijdige wijziging of een ordevoorschrift ex art. 7:660 BW?

Tevens dient er onderscheid te worden gemaakt tussen arbeidsvoorwaarden en ordevoorschriften. De ordevoorschriften zijn geregeld in art. 7:660 BW. Hierin is opgenomen dat de werknemer zich heeft te houden aan instructies van de werkgever omtrent het verrichten van de arbeid en instructies met betrekking tot de goede orde in de onderneming. De instructiebevoegdheid van de werkgever kan tegenover een individuele werknemer, maar ook collectief worden uitgeoefend. Met deze bevoegdheid wordt nogmaals aangegeven dat de werknemer onder het zeggenschap van de werkgever staat. De scheidslijn tussen het wijzigen van arbeidsvoorwaarden en ordevoorschriften is soms vaag. Bij het verplicht dragen van een helm is het vrij duidelijk dat het gaat om een ordevoorschrift als bedoeld in art. 7:660 BW, ook bij kledingvoorschriften die gelden binnen het bedrijf is er weinig twijfel.[8] Past de werkgever echter eenzijdig het werkrooster aan, dan is het discutabel of het hier gaat om een voorschrift omtrent het verrichten van de arbeid, of dat het werkrooster hier als een arbeidsvoorwaarde moet worden gezien. Indien het werkrooster als een arbeidsvoorwaarde wordt gezien zal deze niet zomaar eenzijdig kunnen worden gewijzigd, bij een ordevoorschrift is de werknemer verplicht zich aan de instructies van zijn werkgever te houden. De kantonrechter Maastricht zag in 2005 het invoeren van een nieuw werkrooster als een wijziging van een arbeidsvoorwaarde, en niet als een ordevoorschrift.[9] Hierbij moet wel worden vermeld dat als gevolg van het wijzigen van het werkrooster tevens de arbeidsduur werd gewijzigd. Illustratief voorbeeld van een zaak waarin het wijzigen van een werkrooster wel werd gezien als een ordevoorschrift is

[4] Ktr. Utrecht 25 oktober 2006, *JAR* 2006/294.
[5] Ktr. Utrecht 8 maart 2006, *JAR* 2006/79.
[6] mr. drs. S.F.H. Jellinghaus is universitair docent aan de Universiteit van Tilburg.
[7] mr. dr. W.A. Zondag is hoogleraar Arbeidsrecht aan de rijksuniversiteit Groningen.
[8] Rb. Den Haag 23 mei 2001, *LJN* AB2584.
[9] Ktr. Maastricht 29 maart 2005, *JAR* 2005/105.

de zaak die speelde bij de kantonrechter Zaandam in 2006.[10] De werkgever had een werknemer die veelal nachtdiensten werkte, 'teruggezet' op dagdiensten. De werknemer miste hierdoor een gedeelte loon omdat hij voor de nachtdienst een onregelmatigheidstoeslag ontving. De kantonrechter overwoog dat de werkgever geen zwaarwegend belang hoefde aan te tonen omdat het werkrooster geen arbeidsvoorwaarde in de zin van art. 7:613 BW was. Wel achtte hij de vrijheid voor de werkgever niet onbeperkt. Op grond van het goed werkgeverschap van art. 7:611 BW zou de werkgever met de werknemer in overleg moeten treden en eventueel zorgen voor een overgangsregeling om de financiële pijn te verlichten. Dit zou van belang zijn als de werknemer bijvoorbeeld zijn hele leven al nachtdiensten draait en zijn uitgavenpatroon hierop heeft afgestemd. Omdat dat in deze zaak niet het geval was werd de vordering van de werknemer afgewezen.

In een vrij recente zaak die speelde bij de kantonrechter 's-Gravenhage had een werkgever een aantal werknemers overgeplaatst.[11] De werkgever was een zorginstelling die zorg verleende aan verstandelijk gehandicapten. De werknemers hadden de functie van groepsbegeleider/persoonlijk begeleider. Ontmanteling van het team was noodzakelijk om de kwaliteit van de zorgverlening te verbeteren. De werknemers vorderden een verbod tot overplaatsing. In de arbeidsovereenkomst was niet vastgelegd dat de werknemers op de locatie van woning 1 zouden werken. De kantonrechter oordeelde dat voor de overplaatsing geen toestemming van de werknemers was vereist. De overplaatsing is immers niet aan te merken als een wijziging van de individuele arbeidsovereenkomst, het is een instrument van personeelsbeleid dat indien nodig kan worden ingezet. De kantonrechter geeft hierbij echter wel aan dat de werkgever bij de overplaatsing als een goed werkgever dient te handelen. In het oordeel van de kantonrechter had de werkgever hieraan voldaan.

De auteurs C.J. Loonstra en W.A. Zondag stellen in een artikel dat het bereik van art. 7:660 BW vanuit de aard van het instructierecht moet worden bepaald.[12] Ordevoorschriften die vanwege hun aard het niveau van het contract overstijgen (zoals regels met betrekking tot de uitstraling van het bedrijf naar de samenleving, waaronder een integriteitsbeleid) hebben een andere status dan arbeidsvoorwaarden.[13]

§ 3.2 Wijzigingsbeding

Indien een werkgever zich het recht wil voorbehouden om eenzijdige de arbeidsvoorwaarde(n) van haar werknemer(s) door te voeren dan dient zij in eerste instantie een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen. Dit wijzigingsbeding is wettelijk geregeld in artikel 7:613 BW. Voornoemd artikel 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'.*

Zie onderstaand voorbeeld van een wijzigingsbeding dat in de standaard arbeidsovereenkomst van Boels Zanders is opgenomen: '*Werkgever behoudt zich binnen*

[10] Ktr. Zaandam 16 november 2006.
[11] Ktr. 's-Gravenhage 17 mei 2011, *JAR* 2011/164.
[12] Prof. mr. C.J. Loonstra is hoogleraar arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.
[13] C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Commentaar Arbeidsrecht,* Den Haag, Sdu 2006, p. 101-114.

de grenzen der redelijkheid het recht voor andere werkzaamheden aan Werknemer op te dragen of wijzigingen in de functie van Werknemer aan te brengen, alsmede <<zijn/haar>> arbeidsvoorwaarden aan te passen'.

§ 3.2.1 Schriftelijkheidsvereiste

De Hoge Raad heeft zich in het arrest Monsieur/Wegener uitgesproken over het schriftelijkheidsvereiste van het wijzigingsbeding.[14] De werkgever, Wegener had met instemming van de centrale ondernemingsraad (COR) eenzijdig de winstdelingsregeling gewijzigd. De werknemer stelde dat er geen beding ex art. 7:613 BW was overeengekomen, het was namelijk niet in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen. Het wijzigingsbeding was in dit geval opgenomen in de winstdelingsregeling. Het beding bepaalde dat de werkgever met instemming van de COR eenzijdig de winstuitkering kon wijzigen. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijk geval binnen het toepassingsbereik van art. 7:613 BW valt. Het beding had betrekking op arbeidsvoorwaarden die waren vastgelegd in dezelfde collectieve regeling als waarin het beding voorkwam. Uiteraard zou de Hoge Raad anders hebben geoordeeld indien de werkgever zich op het wijzigingsbeding uit de winstdelingsregeling zou beroepen om een eenzijdige wijziging van de pensioenregeling door te voeren. Mijns inziens is het van doorslaggevend belang dat het beding dat niet in de individuele/collectieve arbeidsovereenkomst is opgenomen, alleen ziet op arbeidsvoorwaarden die in deze regeling zijn opgenomen. De uitspraak van de Hoge Raad gaat enigszins voorbij aan de bedoeling van de wetgever, deze stelde namelijk dat uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid, aan het beding de formele eis dient te worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen.[15] De Hoge Raad stelt dat aan het vereiste van rechtszekerheid en kenbaarheid is voldaan omdat de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd, over de inhoud en de reikwijdte kan geen redelijke twijfel bestaan.

Het wijzigingsbeding kan in de individuele arbeidsovereenkomst zijn opgenomen maar kan ook in een personeelsgids staan die vervolgens is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst.[16] Een beding in het pensioenreglement is ook geldig indien de wijziging toeziet op voorwaarden uit het pensioenreglement.[17] Het wijzigingsbeding moet schriftelijk zijn overeengekomen en het moet duidelijk kenbaar zijn dat de werknemer schriftelijk akkoord is gegaan met de opname van een eenzijdige wijzigingsbeding in zijn arbeidsovereenkomst. Een wijzigingsbeding kan ook opgenomen zijn in een cao. Voor de rechtsgeldigheid van het beding is dan van belang of de werknemer aan de cao is gebonden krachtens artikel 9, 12, 13 en 14 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO). Het al dan niet gebonden zijn aan een cao wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 6 van deze scriptie. Een wijzigingsbeding dat is opgenomen in een algemene regeling is niet rechtsgeldig indien deze algemene regeling eenzijdig door de werkgever is vastgesteld.[18]

§ 3.2.2 Rol ondernemingsraad

Indien het wijzigingsbeding rechtsgeldig is overeengekomen kan de werkgever het slechts gebruiken als hij bij wijziging een zodanig belang heeft dat het belang van de

[14] HR 19 maart 2011, *JAR* 2011/108.
[15] Kamerstuk II 1996-97 24615 nr. 15.
[16] Hof Amsterdam 21 april 2009, *LJN* BJ2737.
[17] Hof Arnhem 3 maart 2009, *JIN* 2009/394.
[18] Ktr. Eindhoven 20 december 2005, *JAR* 2006/38.

werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. In het oorspronkelijke wetsvoorstel kende artikel 7:613 BW nog een tweede lid. In dit tweede lid werd gesteld dat zwaarwegende belangen vermoed werden aanwezig te zijn in het geval de ondernemingsraad heeft ingestemd met de wijziging[19]. De letterlijke tekst van dit tweede lid luidde als volgt: '*De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst, dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.*'

Dit artikellid is in de loop van de parlementaire behandeling komen te vervallen. Uit de rechtspraak blijkt dat instemming van de ondernemingsraad met een wijziging gewicht in de schaal legt, indien moet worden gewogen of er voldoende zwaarwegende belangen aan de kant van de werkgever aanwezig zijn. Een illustratief voorbeeld hiervan is de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 23 maart 2011: '*De omstandigheid dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met de gewijzigde regeling vormt een aanwijzing dat daaraan een zwaarwichtig ondernemersbelang ten grondslag heeft gelegen.*[20]' De kantonrechter oordeelde in deze zaak dat het zwaarwichtig belang van de werkgever zwaarder woog dan dat van de werknemers.

§ 3.2.3 Rechtspraak art. 7:613 BW

Bij toetsing of er een zwaarwegend belang is dat zwaarder weegt dan dat van de werknemer worden alle omstandigheden van het geval meegewogen[21]. Er zijn inmiddels talloze uitspraken gedaan waarin werd getoetst aan art. 7:613 BW. Onderstaand zullen uitspraken worden besproken waarin een werkgever volgens de rechter voldoende aannemelijk had gemaakt dat hij een zwaarwegend belang bij de wijziging had waarvoor het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moest wijken. Daarnaast zullen er zaken worden uitgelicht waarin de werkgever dit niet lukte. Zo wordt een beeld geschetst van de wijze waarop de rechters het toetsingscriterium van art. 7:613 BW toepassen.

De kantonrechter Haarlem behandelde in 2008 een zaak waarin een werknemer in dienst was als souschefkok.[22] De werkgever had meerdere malen te kennen gegeven dat de werknemer zijn functioneren moest verbeteren. De werknemer had aan zijn werkgever aangegeven dat hij geen cursus leermeester wilde volgen indien hij een studiekostenbeding moest tekenen. Dit beding zou betekenen dat de werknemer het cursusgeld terug moest betalen indien hij binnen twee jaar zou vertrekken bij de werkgever. De werkgever had de werknemer vervolgens per brief medegedeeld dat hij in de lagere functie van zelfstandig werkend kok zou gaan werken. De werknemer vorderde in kort geding toelating tot zijn oude werkzaamheden. De kantonrechter achtte de werkgever gerechtigd om de eenzijdige wijziging door te voeren. De werknemer had immers genoeg kansen gekregen om zijn functioneren te verbeteren, tevens ging zijn salaris er door de functieverlaging niet op achteruit.

In maart 2011 speelde in Utrecht een zaak waarin twee werknemers niet akkoord gingen met de door hun werkgever gewijzigde regeling voor mobiele werkvoorziening.[23] De

[19] Mva, *Kamerstukken I* 1997/98, 24616.
[20] Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *RAR* 2011/96.
[21] Hof Arnhem 8 september 2009, LJN BL1049.
[22] Ktr. Haarlem 10 maart 2008, *JAR* 2008/98.
[23] Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *JAR* 2011/125.

nieuwe regeling hield onder meer in dat niet langer alle kosten voor privégebruik van internet en telefonie door de werkgever werden vergoed. Het belang van de werkgever in deze was dan ook een kostenbesparing. Hij vond het niet redelijk om voor het privégebruik van internet en telefonie voor de werknemers te betalen. Werknemers stelden dat de werkgever geen zwaarwichtig belang bij de wijziging had en dat zij er door de wijziging financieel behoorlijk op achteruit gingen. De kantonrechter volgde de werknemers hierin niet en oordeelde dat de werkgever door de kostenbesparing wel een zwaarwegend belang bij de wijziging had. De vordering werd aldus afgewezen.

In 2009 vorderde drie werknemers een winstuitkering van hun werkgever. De werkgever had gedurende 11 jaar een eindejaarsuitkering uitgekeerd ter hoogte van een maandsalaris.[24] De werkgever besloot om over 2007 geen winstuitkering te doen, hij stelde daartoe onder meer dat er sprake was van tegenvallende bedrijfsresultaten. In de arbeidsovereenkomst was bepaald dat de winstuitkering werd uitgekeerd indien het bedrijfsresultaat dit toeliet, zulks ter beoordeling van de directie. De kantonrechter stelde vast dat de winstuitkering een arbeidsvoorwaarde in de zin van art. 7:613 BW is, die niet zomaar eenzijdig gewijzigd kan worden. Uit cijfers bleek dat de werkgever er in eerdere jaren met tegenvallende resultaten gewoon een winstuitkering was gedaan. De wens van de werkgever om verschillende regelingen binnen de onderneming te uniformeren, vond de kantonrechter een te respecteren en acceptabel belang, maar geen zwaarwichtig belang als bedoeld in art. 7:613 BW.

In een andere zaak, die werd behandeld door het gerechtshof 's-Gravenhage, wogen de belangen van de werknemer zwaarder dan die van de werkgever.[25] De werkgever, de Stichting Nederlands Astmacentrum Davos (NAD) wilde bepaalde geldende regelingen wijzigen. Dit betekende dat een aantal vergoedingen waarvoor de werknemer in aanmerking kwam, kwamen te vervallen, dan wel aanzienlijk lager zouden uitvallen. De werknemer werkte voor NAD in Zwitserland, voor hem zou onder andere de kostenvergoeding voor een jaarlijkse reis naar Nederland komen te vervallen. Dit terwijl NAD juist had aangegeven de uitvoeringsregeling aan te passen om de mobiliteit te vergroten. Verder zouden de studiefinancieringsregeling, de WAO-suppletieregeling, de kinderbijslagcompensatie en de huurtoeslag worden afgeschaft. De werkgever gaf aan dat deze regelingen verouderd waren en gerationaliseerd diende te worden. Het hof oordeelde dat de werkgever de regelingen inderdaad kon wijzigen maar dat dit niet zonder meer ten koste van de werknemer behoefde te gaan. De NAD stelde voorts dat de regelingen werden gewijzigd vanwege verplichte kostenbesparingen. Het hof veegde dit argument van tafel, nu de werkgever de financiële noodzaak van de wijzigingen op geen enkele wijze nader had onderbouwd. Het hof kwam dan ook tot de conclusie dat de NAD onvoldoende had gesteld dat zij een zodanig zwaarwichtig belang bij de wijzigingen had, zodat de belangen van de werknemer, die daardoor zouden worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zouden moeten wijken.

§ 3.3 Ontbreken wijzigingsbeding

Indien een werkgever geen wijzigingsbeding heeft opgenomen in de arbeidsovereenkomst kan hij in beginsel geen eenzijdige wijziging doorvoeren. Een wijziging van arbeidsvoorwaarden kan uiteraard doorgang vinden indien de werknemer met deze wijziging instemt. Indien een werknemer niet instemt met het voorstel tot wijziging zal er worden beoordeeld of de werknemer in strijd handelt met het goed

[24] Ktr. Amersfoort 20 mei 2009, *JAR* 2009/150.
[25] Hof 's-Gravenhage 26 januari 2010, *LJN* BL9173.

werknemerschap van artikel 7:611 BW. De Hoge Raad heeft een tweetal arresten gewezen waarin een toetsingscriterium is geformuleerd betreffende de eenzijdige wijziging op grond van artikel 7:611. Het betreft het arrest Taxi Hofman uit 1998 en het Stoof/Mammoet-arrest uit 2008, beide arresten zullen onderstaand kort besproken worden.

§ 3.3.1 Taxi Hofman

In het Taxi-Hofman-arrest speelde de volgende feiten en omstandigheden. Werknemer is in dienst bij Taxi Hofman BV als taxichauffeur/centralist, na een periode van arbeidsongeschiktheid is hij gedeeltelijk andere werkzaamheden (als administratief medewerker) gaan verrichten. Vervolgens raakt werknemer opnieuw arbeidsongeschikt, nadat hij hersteld is gemeld bericht Taxi Hofman hem dat hij weer de functie van taxichauffeur/centralist gaat vervullen. Redengevend hiervoor is het feit dat een deel van de administratieve werkzaamheden zijn weggevallen en dat de werknemer van de administratie het werk alleen af kan. Werknemer wijst dit aanbod van de hand.

De Hoge Raad heeft in dit arrest geoordeeld dat uit artikel 7:611 BW blijkt dat de werkgever en de werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed werknemer te gedragen. Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen, 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[26]. Dit is niet anders wanneer de gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen.

Het toetsingscriterium van de Taxi Hofman-formule leek minder zwaar dan dat van art. 7:613 BW. In een situatie waarin de werkgever zich middels een overeengekomen wijzigingsbeding het recht had voorbehouden om eenzijdig wijzigingen door te voeren moest immers worden aangetoond dat de werknemer een zwaarwegend belang bij de wijziging had, waarvoor het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Uit het Taxi Hofman-arrest bleek dat indien er geen wijzigingsbeding was opgenomen, de werknemer positief moet ingaan op redelijke voorstellen van de werkgever en dat hij deze alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Dit had tot gevolg dat kantonrechters ongeacht of er een wijzigingsbeding was opgenomen gingen toetsen aan de hand van de Taxi Hofman-formule, het zou namelijk niet redelijk zijn dat een wijzigingsvoorstel zwaarder wordt getoetst vanwege het feit dat er een wijzigingsbeding was overeengekomen.

Lange tijd was het onduidelijk hoe de Taxi Hofman-formule zich verhield met art. 7:613 BW. De Hoge Raad schepte in 2008 enige duidelijkheid met het Stoof/Mammoet-arrest. In deze uitspraak heeft de Hoge Raad de Taxi Hofman-formule verder uitgewerkt/genuanceerd.

§ 3.3.2 Stoof/Mammoet

In de zaak Stoof/Mammoet was Stoof in dienst bij Mammoet, laatstelijk als technisch directeur. Na overname van een van de ondernemingen van het Mammoet-concern komt de functie van Stoof te vervallen. Hem wordt dan de functie van adviseur van de directeur (tweede man) van Mammoet Global aangeboden. Stoof accepteert deze functie

[26] HR 26 juni 1998, NJ 1998/767.

niet. Wegens ziekte is Stoof van 10 oktober 2000 tot en met 28 augustus 2001 arbeidsongeschikt. Mammoet laat Stoof vervolgens op 29 augustus 2001 weten dat hij maandag 3 september 2001 zich op het hoofdkantoor dient te melden voor werkhervatting. Stoof bericht Mammoet dat hij deze oproep niet serieus kan nemen en verschijnt dan ook niet op 3 september op zijn werk. Mammoet besluit daaropvolgend om de loonbetaling aan Stoof te staken.

De Hoge Raad oordeelt dat bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, in de eerste plaats dient te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een redelijk voorstel, alsmede -naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming- de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Vervolgens dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden[27].

De Advocaat-Generaal stelt in deze zaak verder dat de bepalingen van artikel 7:613 BW veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen, niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen.

Aan de hand van bovenstaand arrest zijn er dus 3 stappen te onderscheiden ter beoordeling van de vraag of een werknemer positief moet reageren op een voorstel tot wijziging ex artikel 7:611 BW:

- is er sprake van gewijzigde omstandigheden die nopen tot een wijziging van de overeenkomst,
- is het gedane voorstel tot wijziging van de overeenkomst in het licht van alle omstandigheden van het geval redelijk, en
- kan aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer worden gevergd?

Art. 7:611 BW en het daarop gebaseerde toetsingscriterium ziet dus op eenzijdige wijzigingen die betrekking hebben op een individuele werknemer. Dit is ook begrijpelijk, het zou omslachtig zijn om bij een eenzijdige wijziging met een collectief karakter met elke individuele werknemer apart aan tafel te gaan zitten om overleg te plegen over de voorgenomen wijziging. Hierbij zou de werknemer per werknemer moeten toetsen of het voorstel redelijk is en of het aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden verwacht.

§ 3.3.3 Rechtspraak Stoof/Mammoet-criterium

Het hof Den Haag past de stappen die de Hoge Raad formuleerde in het Stoof/Mammoet-arrest heel duidelijk toe in haar arrest van 30 juni 2009.[28] In deze zaak was de werkneemster in dienst van uitgeverij SDU als accountmanager. Werkneemster houdt zich vooral bezig met advertentiewerving voor het blad Cobouw. Zij was een

[27] HR 11 juli 2008, LJN: BD1847.
[28] Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, LJN: BK0506.

affectieve relatie aangegaan met een directe collega van haar. Haar collega/partner is op enig moment vertokken naar de concurrent, Kluwer. Hij zou bij Kluwer een blad op gaan zetten dat concurreert met Cobouw. Werkgever heeft werkneemster vervolgens overgeplaatst van de Unit bouw naar een andere Unit. De reden voor de overplaatsing was de bescherming van de bedrijfsbelangen van SDU. Werkneemster was het hier niet mee eens en weigerde de aangeboden overplaatsing te aanvaarden. Zij is van mening dat de relatie met haar ex-collega een privéaangelegenheid is en geen reden om onderhavig voorstel te doen. Daarnaast vindt zij de overplaatsing niet redelijk nu zij affiniteit heeft met de afdeling waar ze werkzaam is. De werkgever besluit om het loon van werkneemster te staken. Het hof stelt vast dat partijen geen schriftelijk beding zijn overeengekomen dat SDU de bevoegdheid geeft om een in de arbeidsovereenkomst opgenomen bepaling te wijzigen. De werkneemster heeft niet ingestemd met het voorstel tot wijziging. Het hof zal aan de hand van de door de Hoge Raad in het Stoof/Mammoet-arrest ontwikkelde maatstaf toetsen of SDU en werkneemster als goed werkgever, respectievelijk werknemer hebben gehandeld. Het hof beoordeelt of er sprake is van gewijzigde omstandigheden in het werk waarin SDU als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Daarnaast dient het gedane voorstel redelijk te zijn. Het hof oordeelt dat door de affectieve relatie van werkneemster met haar ex-collega de arbeidsrelatie tussen SDU en werkneemster onder druk is komen te staan. Dit vanwege de mogelijke loyaliteitsconflicten en belangenverstrengeling. Daarnaast vindt het hof het gedane voorstel niet ingrijpend, de functie blijft hetzelfde en zij heeft eerder op de unit gewerkt waarnaar zij wordt overgeplaatst. Het hof oordeelt dan ook dat aanvaarding van het redelijke voorstel van de werkneemster kan worden gevergd.

Een ander voorbeeld van de toepassing van het criterium van art. 7:611 BW na het Stoof/Mammoet-arrest is een uitspraak van de kantonrechter Heerlen.[29] Werknemer is in dienst van Fair Play, vanaf 2003 verricht zij haar werkzaamheden in Weert. Fair Play heeft na overname van Amusement Activities Nederland B.V. (AAN) besloten om de werkrooster aan te passen. Zij hebben besloten om deze wijziging door te voeren omdat zij de planning efficiënter willen maken. Het nieuwe rooster zou betekenen dat het personeel bij de ochtenddienst om 07:30 uur begint i.p.v. 08:00 uur. De werkneemster stemt niet in met de wijziging omdat zij in het nieuwe werkrooster geen mogelijkheid heeft om haar kind naar het kinderdagverblijf te brengen. De kinderopvang gaat pas om 07:30 uur open. De kantonrechter toetst aan de hand van het toetsingscriterium uit het Stoof/Mammoet-arrest. Hij ziet de overname en de wens om de planning efficiënter in te richten als gewijzigde omstandigheden die nopen tot het wijzigen van de overeenkomst. Verder oordeelt de kantonrechter dat het gedane voorstel redelijk is, Fair Play heeft werkneemster zelfs vijf maanden de tijd gegeven om haar privésituatie af te stemmen op de nieuwe werktijden. Werkneemster draagt zelf geen mogelijke oplossingen naar voren. De kantonrechter is van oordeel dat het efficiënter inzetten van personeel tot de beleidsvrijheid van de werkgever behoort. Ten slotte beantwoordt de kantonrechter de vraag of er omstandigheden zijn die meebrengen dat van werkneemster niet gevergd kon worden het nieuwe werkrooster te aanvaarden met nee. Zij heeft volgens de kantonrechter te weinig inspanningen verricht om haar privésituatie zodanig in te richten dat zij om 07:30 uur kan beginnen. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat werkneemster het voorstel van Fair Play in redelijkheid niet had mogen weigeren.

[29] Ktr. Heerlen 28 mei 2009, LJN: BI8757.

Bij een eenzijdige wijziging ex art. 7:611 BW is het dus van belang dat de werkgever kan aantonen dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden in het werk. Deze gewijzigde omstandigheden moeten de werkgever aanleiding kunnen geven om een voorstel tot wijziging te doen. Dit voorstel dient redelijk te zijn. De werkgever dient met de werknemer in overleg te treden over het wijzigingsvoorstel. Bij dit overleg en de wijze waarop partijen (al dan niet) tot overeenstemming komen dienen partijen zich als goed werkgever en werknemer te gedragen. Uit het voorbeeld van Fair Play blijkt dat het halsstarrig vasthouden aan een arbeidsvoorwaarde niet altijd bevorderlijk is voor een werknemer.

§ 3.4 Artikel 6:248 lid 2 BW

Uit de literatuur en de rechtspraak blijkt dat indien partijen geen wijzigingsbeding zijn overeengekomen en de werkgever een eenzijdige wijziging wil doorvoeren voor meerdere werknemers, het criteria van artikel 6:248 lid 2 BW van toepassing is. De toets van artikel 6:248 lid 2 BW wordt gezien als een zwaardere toets dan die van artikel 7:613 BW en 7:611 BW. Artikel 6:248 lid 2 BW luidt als volgt:

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

De toets van artikel 6:248 lid 2 BW is door de Hoge Raad toegepast in het Frans Maas-arrest met betrekking tot het wijzigen van een suppletieregeling.[30] In deze zaak bestond bij Frans Maas een interne regeling, de zogenoemde suppletieregeling, op grond waarvan aan werknemers bij ziekte vanaf de eerste dag het ziekengeld tot 100% van het nettoloon werd aangevuld. Frans Maas heeft met ingang van 1 januari 1994 de suppletieregeling eenzijdig gewijzigd, waardoor tijdens de eerste vijf ziektedagen 70 % van het loon werd uitgekeerd in plaats van 100%. Frans Maas had deze eenzijdige wijziging doorgevoerd omdat op 1 januari 1994 de Wet terugdringing ziekteverzuim (Wet TZ) in werking was getreden. Hierdoor moest de werkgever gedurende de eerste zes of twee weken zelf het loon bij ziekte zelf betalen. De FNV vorderde een verklaring voor recht dat de werkgever ook tijdens de eerste vijf dagen van de ziekte 100% van het nettoloon diende te betalen. De kantonrechter en de rechtbank hebben de vorderingen van de FNV afgewezen. De rechtbank oordeelde hierbij dat het 'niet redelijk' was dat de werkgever de suppletieregeling ongewijzigd in stand moest laten. De Hoge Raad oordeelde echter dat de rechtbank een onjuiste maatstaf had aangelegd, zij zou na moeten gaan of het ongewijzigd in stand laten van de suppletieregeling 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is'.[31]

De verdere behandeling van de zaak vond plaats bij het hof 's-Hertogenbosch. Frans Maas stelde dat het ongewijzigd in stand houden van de suppletieregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Als argumenten hiervoor voerde Frans Maas aan dat door de invoering van de Wet TZ volledige doorbetaling van het loon gedurende de eerste zes weken 70% meer ging kosten, de gevolgen voor de werknemers beperkte zich tot vijf dagen en betrof slechts 30%. Verder voerde Frans Maas aan dat de gevolgen van de wijziging in overeenstemming waren met één van de doelstellingen van de Wet TZ, zijnde het ook aan de werknemer verschaffen van een financiële prikkel om zijn ziekteverzuim terug te dringen. Frans Maas stelde dat uit de

[30] Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2001, *JAR* 2003/128.
[31] HR 25 februari 2000, *JAR* 2000/85.

praktijk bleek dat deze prikkel daadwerkelijk effect heeft gehad. Het aantal ziekmeldingen en ziektedagen in 1994 t.o.v. 1993 waren fors teruggelopen. Verder achtte Frans Maas van belang dat de wijziging zo tijdig mogelijk is aangekondigd en dat vooraf overleg heeft plaats gevonden met de centrale ondernemingsraad (COR), welke heeft ingestemd met de wijziging.

Het hof stelt onder meer dat Frans Maas niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom zij zich niet tegen de financiële consequenties kon herverzekeren. Het hof oordeelde dat niet is vast te komen staan dat ongewijzigde instandhouding van de oude suppletieregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Uit het Frans Maas-arrest valt op te maken dat de toets van art. 6:248 lid 2 BW een zwaardere toets is dan de toets van art. 7:611 BW en 7:613 BW. De werkgever dient namelijk aan te tonen dat het ongewijzigd in stand houden van de arbeidsvoorwaarde(n) naar mate van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De zwaarte van deze toets blijkt uit het feit dat de kantonrechter en de rechtbank de vordering van FNV hadden afgewezen, zij hanteerde een 'normale redelijkheidstoets'. Pas toen de Hoge Raad aangaf dat men de toets van art. 6:248 lid 2 diende te hanteren, ging de rechter overstag. Tevens kan men concluderen dat de toets van art. 6:248 lid 2 BW wordt toegepast bij zaken waarin een collectieve eenzijdige wijziging wordt doorgevoerd en geen eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen.

Een zaak waarin de werkgever er wel in slaagde aan te tonen dat ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, speelde in Amersfoort.[32] De werkgever had besloten in 2004 geen bonus uit te betalen over 2003. Tussen partijen was geen eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW overeengekomen. De werknemer ging hiermee niet akkoord en vorderde in rechte uitbetaling van de bonus over 2003. De werkgever toonde aan dat het banksaldo negatief was, voor de uitbetaling van de bonus aan de werknemer zou dus een krediet moeten worden afgesloten bij de bank. De kantonrechter oordeelde dat het in deze situatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was om instandhouding van de 'bonusregeling' te eisen. Daarbij was tevens van belang dat het uitbetalen van de bonus aan de werknemer ongelijke behandeling van de overige werknemers tot gevolg had.

§ 3.5 Artikel 6:258 BW

Art. 6:258 lid 1 BW luidt als volgt: '*De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend'.* Lid 2 luidt: *'Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept'.*De bepaling vormt een lex specialis van art. 6:248 lid 2 BW voor een extreem geval en de rechter zal bij de toepassing van art. 6:258 BW dezelfde terughoudendheid moeten betrachten als uit de bewoordingen van art. 6:248 lid 2 BW ('onaanvaardbaar') voor de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in het algemeen voortvloeit.[33] Wil een

[32] Ktr. Amersfoort 1 juni 2005, *JAR* 2005/158.
[33] MvA II, Parl. Gesch. 6. P. 974.

werkgever een arbeidsvoorwaarde eenzijdig wijzigen op grond van art. 6:258 BW, dan zal hij aannemelijk moeten maken dat sprake is van 'onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten'. Daarnaast dienen de omstandigheden niet krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen.

Wat betreft het leerstuk van de eenzijdige wijziging komt het nauwelijks voor dat de rechter erkent dat er sprake is van onvoorziene omstandigheden, waarbij de rechter vervolgens op grond van deze onvoorziene omstandigheden oordeelt dat de belangen van de werknemer moeten wijken voor de belangen van de werkgever. Het beroep op art. 6:258 BW is in vrijwel alle gevallen afgewezen, in de meeste gevallen werd het beroep afgewezen omdat de aanleiding voor de wijziging krachtens verkeersopvattingen voor risico van de werkgever komt. In 1995 speelde in Amsterdam een zaak waarin het beroep op art. 6:258 BW wel werd toegewezen. Het ging in deze zaak om een werknemer die aan haar werkgever had verzocht om in plaats van 38 uur, 36 uur per week te gaan werken. Dit verzoek hield verband met het bereiken van de 55-jarige leeftijd van de werknemer. De werkgever ging met dit verzoek akkoord, partijen hebben op 30 maart 1994 een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten. Per 1 april 1994 is een nieuwe cao van kracht gegaan, in deze cao is geregeld dat werknemers die de 55-jarige leeftijd bereiken, 32 uur per week kunnen gaan werken zonder inkomensverlies. De werknemer stelt zich op het standpunt dat, gelet op deze onvoorziene omstandigheid, de werkgever niet instandhouding van de eind maart 1994 gesloten overeenkomst kan verlangen. Zij vordert herleving van haar oude overeenkomst, zodat zij krachtens de cao 32 uur per week kan gaan werken zonder inkomensverlies. De kantonrechter honoreert het verzoek van de werknemer.[34]

Een voorbeeld van een geval waarin de rechter het beroep op art. 6:258 BW afwijst, is een zaak die redelijk veel aandacht heeft gekregen in de media. Het betreft de beëindigingvergoeding van een voormalig werknemer van ABN AMRO Bank. De bank die tijdens de kredietcrisis financiële steun nodig had van de Nederlandse staat had op aandringen van de Staat het vergoedingenbeleid gewijzigd. Eind 2008 verviel de functie van de werknemer, hem werd echter verzocht om te blijven. Met de werknemer was overeengekomen dat voor hem het oude vergoedingenbeleid nog zou gelden. De werknemer werd per 1 juli 2009 boventallig verklaard, de bank bood de werknemer vervolgens een beëindigingvergoeding van EUR 2,5 miljoen aan op basis van het gewijzigde vergoedingenbeleid. De werknemer maakt aanspraak op de overeengekomen beëindigingvergoeding van EUR 6,2 miljoen en een bonus over 2008. De kantonrechter wees in eerste aanleg de vorderingen van de werknemer af.[35] In Utrecht speelde een soortgelijke zaak met nagenoeg dezelfde feiten en omstandigheden.[36] In deze zaak werden de vorderingen van de werknemer wel toegewezen.

Het hof (in de Amsterdamse zaak) oordeelde in hoger beroep dat er sprake was van onvoorziene omstandigheden. Desondanks konden de kredietcrisis, de Staatsinterventie en de maatschappelijke kritiek (op de hoge ontslagvergoedingen in de bancaire sector) er niet toe leiden dat de werknemer ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van

[34] Ktr. Amsterdam 23 maart 1995, *JAR* 1995/89.
[35] Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, *JAR* 2009/261.
[36] Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, *JAR* 2009/265.

redelijkheid en billijkheid niet mocht verwachten.[37] In de Utrechtse zaak werd het vonnis door het hof in hoger beroep ook bekrachtigd.

Een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden kan dus worden bewerkstelligd door gebruik te maken van een beding ex art. 7:613 BW, op grond van het goed werkgeverschap en werknemerschap van art. 7:611 BW, via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW of via de lex specialis van dit artikel, art. 6:258 BW. Elk van deze 'wijzigingsinstrumenten' heeft een eigen toetsingscriterium. In hoofdstuk 4 komt nog een andere mogelijkheid om een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door te voeren aan bod; het wijzigingsontslag. In hoofdstuk 7 worden de verschillen tussen de toetsingscriteria van voornoemde wijzigingsinstrumenten uitgewerkt.

[37] Hof Amsterdam zitplaats Arnhem 28 september 2010, *JAR* 2010/270.

4. Wat heeft de Hoge Raad bepaald op 24 december 2010 in het Woonzorgarrest en wat betekent dit voor het toepassingsbereik van het wijzigingsontslag via het UWV?

§ 4.1 Casus

In deze zaak speelde, samengevat, het volgende. Werknemer is sinds 1988 in dienst bij Stichting Woonzorg Nederland (Woonzorg), een landelijke organisatie voor huisvestiging die woonruimte verhuurt en verkoopt aan senioren. Werknemer is in dienst bij Woonzorg in de functie van beheerder, hij heeft een werkweek van 36 uur en geniet een salaris van EUR 2.500,00 bruto. Daarnaast draait de werknemer ruim 138 uur per maand beschikbaarheidsdiensten tegen een salaris van EUR 418,00 bruto. Tijdens deze diensten lost werknemer problemen op inzake de interne alarmering. In 2000 neemt Woonzorg de beslissing de interne alarmering uit te besteden, deze uitbesteding wordt per 7 juni 2006 gerealiseerd. Woonzorg verzoekt in de tussentijd toestemming aan de toenmalige CWI tot opzegging van de arbeidsovereenkomst met werknemer. Woonzorg geeft hierbij te kennen dat zij na en in aansluiting op het ontslag een nieuwe arbeidsovereenkomst in de functie van beheerder 2 te zullen aanbieden. Bij deze functie horen andere, lees slechtere arbeidsvoorwaarden, zo komen de beschikbaarheidsdiensten en de daarbij horende vergoeding te vervallen. CWI verstrekt vervolgens de vergunning en stelt daarbij de uitdrukkelijke premisse dat Woonzorg de werknemer na ontslag opnieuw in dienst zal nemen. Woonzorg ontslaat de werknemer met ingang van 1 april 2007. Tot en met deze datum heeft woonzorg de vergoeding voor de beschikbaarheidsdiensten doorbetaald terwijl werknemer deze diensten sinds oktober 2003 niet meer verrichtte. Daarnaast heeft Woonzorg aan de werknemer een schadeloosstelling van bijna EUR 15.000,00 bruto uitbetaald. Dit bedrag is de uitkomst van toepassing van de kantonrechtersformule met C=1. Bij de berekening van het bedrag is de toeslag betreffende de beschikbaarheidsdiensten meegenomen in de B-factor. Werknemer aanvaardt de nieuwe functie van beheerder 2. Op 20 oktober 2006 dagvaardt hij Woonzorg voor de kantonrechter te Amsterdam. Hij vordert onder meer dat voor recht wordt verklaard dat het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is onder betaling van een schadevergoeding van bijna EUR 38.000,00 bruto.

§ 4.2 Oordeel Hoge Raad

Het cassatiemiddel concentreert zich op het standpunt van de werknemer dat Woonzorg de verkregen bevoegdheid tot opzegging van de arbeidsovereenkomst oneigenlijk heeft gebruik om langs die weg een wijziging van de arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen. De werknemer stelt dat dit gebruik in strijd is met art. 6 lid 2 BBA 1945 en het Ontslagbesluit en daarom kennelijk onredelijk. Het middel stelt de vraag aan de orde of een dergelijk wijzigingsontslag binnen het Nederlandse ontslagrecht toelaatbaar is. De werknemer voert verder aan dat sprake kan zijn van een kennelijk onredelijk ontslag wanneer door gebruikmaking van een toestemming tot ontslag onder vermelding van een premisse, inhoudende wederindienstneming onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden, in feite een wijziging van arbeidsvoorwaarden wordt bewerkstelligd die bij het gebruik van in het arbeidsrecht daartoe voorziene mogelijkheden niet mogelijk zou zijn. De Hoge Raad geeft in het arrest uitdrukkelijk aan dat het onderhavige ontslag niet als een deeltijdontslag is te beschouwen, maar dat het een wijzigingsontslag betreft. Dit omdat de aansluitend aan het ontslag aangeboden arbeidsovereenkomst niet slechts een

vermindering van het aantal arbeidsuren maar tevens een wijziging van de functie-inhoud behelsde. Over het in de weg staan van de strekking van het BBA zegt de Hoge Raad het volgende: *'Bij een wijzigingsontslag kan aan de strekking van het BBA (het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigde ontslagen) zijn voldaan doordat in feite de arbeidsverhouding kan voortduren, zij het onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden die door de CWI in het kader van de verlening van de ontslagvergunning op redelijkheid zijn getoetst'.* De Hoge Raad oordeelt dat er in de omstandigheden van het geval geen sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag op de grond dat door de keuze voor het wijzigingsontslag met toestemming van de CWI de rechtsbescherming van artikel 7:611 BW (Taxi Hofman-formule) tegen onredelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden is omzeild. Hierbij speelt mee dat het Hof heeft vastgesteld dat de aanpassing van de functie-inhoud als gevolg van het wegvallen van de beschikbaarheidsdiensten onvermijdelijk was. Tevens is van belang dat de werknemer het aanbod tot wederindienstneming met de vergoeding conform de kantonrechtersformule heeft aanvaard. Verder wordt in aanmerking genomen dat het ontslag en de aansluitende wederindienstneming overeenstemden met de door de CWI verleende toestemming en de daarbij vermelde premisse[38].

Het feit dat de werknemer het aanbod tot wederindienstneming heeft aanvaard kan hem mijns inziens niet worden tegengeworpen. Aangezien hij bij niet accepteren van de nieuwe arbeidsovereenkomst het risico loopt om als verwijtbaar werkloos te worden aangemerkt. De werknemer heeft in deze wellicht ingestemd met de nieuwe arbeidsvoorwaarden omdat hij zijn inkomen wenste veilig te stellen.

§ 4.3 Commentaar op de uitspraak

Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad in het Woonzorgarrest zijn veel arbeidsrechtjuristen in de pen geklommen. Gundt stelt onder andere dat de Hoge Raad zonder deugdelijke wettelijke grondslag, en wellicht zelfs in strijd met de geldende wet- en regelgeving, het wijzigingsontslag toestaat.[39] Een ander kritiekpunt is dat de Hoge Raad de voorwaarden waaronder een wijzigingsontslag mogelijk is, niet verder uitwerkt. Dit is spijtig, omdat er aldus geen toetsingskader voor toekomstige gevallen wordt aangereikt.[40] Ook Loonstra merkt op dat het bij een wijzigingsontslag in het vage blijft, welk toetsingscriterium het UWV dient aan te leggen.[41] De Wolff stelt dat de bemoeienis van het UWV problematisch kan zijn in het licht van art. 24 lid 2 en 6 WW, op grond waarvan datzelfde UWV als uitvoerder van de Werkloosheidswet bepaalt of de werknemer verwijtbaar werkloos is omdat hij passende arbeid of overplaatsing naar een andere locatie heeft geweigerd.[42]

§ 4.4 Toepassingsbereik wijzigingsontslag

De Hoge Raad heeft in het Woonzorgarrest bepaald dat de strekking van het BBA zich niet tegen een opzegging verzet die slechts als doel heeft de wijziging van een of meer arbeidsvoorwaarden te realiseren. De Hoge Raad geeft echter wel aan dat wanneer de rechtsbescherming van de werknemer bij wijziging van arbeidsvoorwaarden wordt omzeild door gebruik te maken van een wijzigingsontslag, dit een feit is dat moet worden betrokken bij de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is. De Hoge Raad oordeelde

[38] HR 24 december 2010, LJN: BO2419.
[39] Mw. mr. N. Gundt is universitair docent Arbeidsrecht aan de Universiteit Maastricht.
[40] N. Gundt, *'De Hoge Raad en het wijzigingsontslag',* ArA 2011, (10) 3.
[41] C.J. Loonstra, *' Het wijzigingsontslag'* Dossier A&R 2011 special maart.
[42] D.J.B. de Wolff, *'Hoge Raad legitimeerdt wijzigingsontslag',* Arbeidsrecht 2011 p.3.

mijns inziens terecht dat er geen sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag. Stichting Woonzorg had de beslissing genomen om het toezicht op de wooncomplexen uit te gaan besteden aan een beveiligingsbedrijf. Hierdoor kwamen de beschikbaarheidsdiensten die de werknemers draaide te vervallen. De werkgever heeft als een goed werkgever gehandeld door aan de werknemers een vergoeding met correctiefactor C=1 aan te bieden. Verder heeft Woonzorg de beschikbaarheidsdiensten doorbetaald gedurende de tijd dat deze diensten reeds niet meer 'gedraaid' werden. De werknemer heeft derhalve geen of geringe schade geleden, althans de werkgever heeft getracht deze schade zoveel mogelijk te beperken. Het is echter spijtig dat de Hoge Raad niets zegt over het toetsingscriterium dat het UWV dient te hanteren bij het beoordelen van een wijzigingsontslag. Dit zou immers betekenen dat er een toetsingskader is voor toekomstige gevallen.

Indien een werkgever ervoor kiest om via een ontslagvergunning van het UWV een wijzigingsontslag te bewerkstelligen dient hij er rekening mee te houden dat de werknemer mogelijk een kennelijk onredelijk ontslag procedure zal starten. De rechter zal dan aan de hand van de omstandigheden van het geval toetsen of het ontslag kennelijk onredelijk is. De werkgever doet er verstandig aan om zorgvuldig te handelen. Zo blijkt uit het Woonzorg-arrest dat het helpt om de betreffende werknemer een vergoeding aan te bieden.

Wellicht was de route van art. 7:611 BW er een van mindere weerstand geweest. Gezien de omstandigheden van het geval zou aannemelijk gemaakt kunnen worden dat de werkgever een aanleiding had om een voorstel te doen, dit voorstel was redelijk en de werknemer had dit redelijkerwijs moeten aanvaarden. De omstandigheden dat de werkgever gedurende enige tijd de vergoeding voor beschikbaarheidsdiensten doorbetaalde terwijl deze reeds niet meer werden 'gedraaid', en er een schadeloosstelling werd betaald op basis van de kantonrechtersformule met factor C=1 dragen bij aan de stelling dat de werkgever als een goed werkgever heeft gehandeld. Je zou zeggen dat Woonzorg in een procedure bij de kantonrechter met succes een verklaring voor recht had kunnen vorderen dat van de werknemers instemming met het gedane voorstel mocht worden gevergd.

Mocht de rechter echter van oordeel zijn dat niet moet worden getoetst aan art. 7:611 BW, omdat het onderhavige geval als een eenzijdige wijziging met een collectief karakter moet worden gezien, dan wordt het een geheel ander verhaal. De rechter zal dan toetsen aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW. Het zou voor Woonzorg dan lastig zijn om de eenzijdige wijziging door te voeren omdat zij dient aan te tonen dat instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Mijns inziens zal de functiewijziging deze toets niet doorstaan.

Waarschijnlijk heeft Woonzorg vooraf een belangenafweging gemaakt en ervoor gekozen om gebruik te maken van het wijzigingsontslag. Zij hebben waarschijnlijk niet het risico willen lopen om de voorgenomen wijziging stuk te laten lopen op het onaanvaardbaarheidscriterium van art. 6:248 lid 2 BW.

5. Op welke wijze is het wijzigingsontslag in de wet geregeld?

Om tot een antwoord op bovenstaande vraag te komen zal allereerst worden ingegaan op de ontslagtaak van het UWV. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen ontslagaanvragen op grond van bedrijfseconomische redenen en ontslagaanvragen op grond van niet-bedrijfseconomische redenen. Denk bij dat laatste aan een ontslagaanvraag wegens het niet (naar behoren) functioneren van de werknemer. Voorts zal kort worden toegelicht wat het verschil is tussen de ontslagroute van het UWV en die van de kantonrechter. Tevens wordt ingegaan op de formele kant van de ontslagaanvraag. Afgesloten wordt met het toetsingscriterium dat het UWV hanteert bij het wijzigingsontslag. Hiertoe is aan het hoofdkantoor arbeidsjuridische dienstverlening UWV WERKbedrijf gevraagd om per mail aan te geven op welke wijze zij een wijzigingsontslag toetsen.

§ 5.1 Beleidsregels ontslagtaak UWV

Op grond van artikel 6 lid 1 BBA 1945 heeft de werkgever voor de opzegging van de arbeidsverhouding voorafgaande toestemming van het UWV nodig. Onder opzegging wordt verstaan de eenzijdige rechtshandeling die het einde van de arbeidsverhouding teweegbrengt[43]. Een werkgever kan bij UWV verzoeken om toestemming te krijgen om de arbeidsovereenkomst te mogen op zeggen, dit kan om bedrijfseconomische en om persoonlijke redenen. Bij bedrijfseconomische redenen valt te denken aan de slechte financiële situatie waarin het bedrijf verkeert, of bijvoorbeeld een reorganisatie. De persoonlijke redenen liggen meer op het gebied van (dis)functioneren van de werknemer. Bij een wijzigingsontslag zal er sprake zijn van een ontslagvergunning om bedrijfseconomische redenen. Bij disfunctioneren zal het doorgaans niet de bedoeling zijn om aaneensluitend aan het ontslag een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Toch kan het denkbaar zijn dat een werkgever die in een bepaalde functie niet naar behoren functioneert, wel te plaatsen is een andere functie met andere (al dan niet lagere) arbeidsvoorwaarden. Het wijzigingsontslag zou dan wellicht uitkomst bieden. Het ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen is geregeld in artikel 5:1 t/m 5:2 Ontslagbesluit.

Het ontslag wegens bedrijfseconomische redenen is geregeld in artikel 4:1 e.v. Ontslagbesluit. Dit artikel stelt dat de werkgever aannemelijk dient te maken dat op grond van bedrijfseconomische redenen een of meer arbeidsplaatsen komen te vervallen. De ondernemingsbeslissingen inzake ontslag om bedrijfseconomische redenen vallen uiteen in enkele subcategorieën[44]:

- Slechte financiële situatie
- Werkvermindering
- Organisatorische veranderingen/reorganisatie
- Technologische veranderingen
- Beëindiging van (een deel van) de bedrijfsactiviteiten
- Bedrijfsverhuizing
- Vervallen van (loonkosten)subsidie

[43] HR 19 november 1948, NJ 1949, 86.
[44] Toelichting Ontslagbesluit d.d. 7 december 1998, Stcrt. 1998, 238.

De bedrijfseconomische reden wordt door het UWV marginaal getoetst, dit wil zeggen dat het UWV de zaak niet benadert vanuit de positie van de belanghebbende in het dossier in kwestie. UWV stelt vast of het besluit van de ondernemer in redelijkheid genomen is, zou een andere weldenkende en weloverwogen ondernemer het ook kunnen nemen?[45]

Vooral de organisatorische veranderingen lenen zich voor een wijzigingsontslag.

§ 5.2 Verschil tussen UWV-procedure en ontbindingsprocedure

Indien de werkgever voor de UWV-procedure kiest, dient hij een ontslagaanvraag in bij het UWV. Zoals hierboven beschreven, toetst het UWV deze marginaal. Het UWV heeft niet de mogelijkheid om aan de werknemer een vergoeding toe te kennen. Tegen een uitspraak van het UWV staan geen beroepsmogelijkheden open. De werknemer die middels een ontslagvergunning van het UWV wordt ontslagen door zijn werkgever, kan een kennelijk onredelijk ontslag procedure starten bij de kantonrechter. De kantonrechter zal toetsen of het ontslag kennelijk onredelijk is en zo ja, hoe hoog de vergoeding dient te zijn.

Indien de werkgever een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter wil starten, doet hij dit middels een verzoekschrift. De kantonrechter zal een mondelinge behandeling gelasten. Tijdens deze mondelinge behandeling worden partijen aan het woord gelaten en zal de kantonrechter de nodige vragen stellen om een en ander duidelijk te krijgen. In de beschikking zal de kantonrechter doorgaans een vergoeding voor de werknemer opnemen. Deze vergoeding wordt berekend volgens de zogenoemde kantonrechtersformule.[46] De vergoeding is dan A*B*C. A= aantal gewogen dienstjaren, B= beloning en C=correctiefactor.

Het grote verschil tussen de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure via de kantonrechter is dat de ontslagaanvraag bij het UWV marginaal getoetst wordt. Tevens hoeft er bij het UWV geen vergoeding worden toegekend aan de werknemer. Indien de rechter dient te oordelen over een eenzijdige wijziging Bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst met een ontslagaanvraag van het UWV dient de werkgever wel rekening te houden met een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Een eventuele vergoeding in deze procedure mag niet worden vastgesteld aan de hand van een algemene formule. De rechter komt bij de begroting van de schade een grote vrijheid toe. Hij dient zich steeds nauwkeurig rekenschap te geven van de factoren en omstandigheden die de hoogte van de vergoeding bepalen en dient hiervan op dusdanige wijze verantwoording af te leggen dat inzicht wordt ingegeven in de afweging die tot zijn beslissing heeft geleid. [47]

§ 5.3 Deeltijdontslag en wijzigingsontslag

Normaliter wordt een ontslagaanvraag ingediend om de arbeidsovereenkomst met een werknemer op te zeggen. Dit kan om bedrijfseconomische redenen zijn, maar kan ook wegens bijvoorbeeld disfunctioneren zijn. Bij een deeltijdontslag en een wijzigingsontslag is het de bedoeling om aansluitend aan het ontslag een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Bij een deeltijdontslag zou dit een arbeidsovereenkomst met een kortere arbeidsduur zijn. Bij een wijzigingsontslag wordt een arbeidsovereenkomst met

[45] Ontslagprocedure UWV WERKbedrijf, Beleidsregels en regelgeving, 2010.
[46] Aanbevelingen voor procedures ex art. 7:685 BW, zoals vastgelegd in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters d.d. 8 november 1996, zoals laatstelijk gewijzigd op 30 oktober 2008, Aanbeveling 3.1.
[47] HR 12 februari 2010, LJN BK4472.

gewijzigde arbeidsvoorwaarden aangeboden. Bij een wijzigingsontslag verandert er dus meer dan alleen het aantal uren. Bij de nieuwe arbeidsovereenkomst die wordt aangeboden, horen gewijzigde arbeidsvoorwaarden. Hierbij kan men onder andere denken aan een functie, werkrooster of een vestigingsplaats die wordt gewijzigd.

Een werkgever kan er belang bij hebben om ontslag te spreiden over de werknemers zodat er functies deels behouden blijven. Hiervan kan sprake zijn indien de werkgever bijvoorbeeld een klein bedrijf is dat zonweringen plaatst en twee monteurs in dienst heeft, het plaatsen van deze zonweringen dient door twee monteurs tegelijk te geschieden. In het geval dat het financieel slechter met het bedrijf gaat kan het zijn dat de werkgever noodgedwongen een ontslagvergunning moet aanvragen. Hij heeft er dan baat bij om beide werknemers te ontslaan en weer in dienst te nemen voor een kortere arbeidsduur per week. Indien hij maar één werknemer zou ontslaan, kunnen de werkzaamheden niet meer worden uitgevoerd. De werkgever kan dan aan het UWV vragen om medewerking te verrichten aan het zogenoemde deeltijdontslag.

Artikel 4:3 Ontslagbesluit -dat betrekking heeft op het deeltijdontslag- luidt als volgt: *'Het uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen weigert toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding indien het aantal werknemers dat voor ontslag wordt voorgedragen groter is dan het aantal arbeidsplaatsen dat komt te vervallen, tenzij de werkgever aannemelijk kan maken dat dit onvermijdelijk is'*.

De hoofdregel is dat het deeltijdontslag niet mogelijk is. Het UWV verleent slechts medewerking aan deeltijdontslag als de werkgever aannemelijk maakt dat het onvermijdelijk is, en een gegeven probleemsituatie niet op een andere wijze valt op te lossen. Het toetsingscriterium voor het deeltijdontslag is in de wet vastgelegd. Het wijzigingsontslag is echter niet wettelijk geregeld, er is dan ook geen toetsingscriterium (geformuleerd). Zie hiervoor § 5.5.

§ 5.4 Voorwaarde en premisse

Op grond van artikel 4:5 BBA 1945 kan het UWV WERKbedrijf aan een toestemming de voorwaarden verbinden dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van de toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard alvorens degene voor wie de toestemming wordt verleend in de gelegenheid te hebben gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten. Het betreft de zogenoemde wederindiensttredingsvoorwaarde, dit is de enige voorwaarde die het UWV aan een ontslagvergunning kan verlenen. Indien een werkgever niet aan deze voorwaarde voldoet ontvalt met terugwerkende kracht de grondslag aan de toestemming en is de opzegging vernietigbaar. De werknemer kan dan loon vorderen vanaf de datum waartegen was opgezegd.[48] De premisse heeft niet hetzelfde rechtsgevolg als de wederindiensstredingsvoorwaarde. Bij een premisse (vooronderstelling) wordt door de werkgever in de ontslagaanvraag aangegeven aansluitend aan het ontslag een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Bij overtreding van de premisse -de werkgever biedt bijvoorbeeld geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan- blijft de ontslagvergunning in stand en is de daarop gebaseerde opzegging rechtsgeldig. De werknemer heeft in zulks geval de premisse op schrift staan, hiermee kan hij de werkgever proberen te bewegen om zich aan zijn aanbod te houden. Houdt de werkgever zich evenwel niet aan zijn aanbod kan de werknemer een procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag starten.

[48] HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705.

§ 5.5 Toetsingscriterium

Over het toetsingscriterium dat het UWV hanteert bij een wijzigingsontslag zijn geen specifieke beleidsregels te vinden. De Hoge Raad heeft weliswaar in het Woonzorg-arrest geoordeeld dat er sprake was van een wijzigingsontslag en dat dit ontslag in casu niet kennelijk onredelijk was, zij is niet verder ingegaan op de wijze waarop het UWV een wijzigingsontslag toetst, dan wel dient te toetsen. Zij stellen enkel dat UWV de gewijzigde arbeidsvoorwaarden, in het kader van de verlening van de ontslagvergunning, op redelijkheid toetst.

Om meer duidelijkheid te krijgen over de wijze waarop UWV toetst bij een wijzigingsontslag is dan ook contact opgenomen met het hoofdkantoor van UWV WERKbedrijf, afdeling arbeidsjuridische dienstverlening. De aldaar werkzame heer mr. M.D. van Daal heeft na intern overleg namens UWV WERKbedrijf een reactie gegeven. Uit deze reactie valt op te maken dat UWV niet blij is met de term wijzigingsontslag. Zij toetst in beginsel niet aan 'wijzigingsontslag', zoals de Hoge Raad dit noemt. Er is ook geen uitvoeringsbeleid op geformuleerd. Volgens het UWV zien het BBA 1945 en het Ontslagbesluit niet op dit specifieke fenomeen. UWV toetst het structureel verval van arbeidsplaatsen, 'alles of niets' dus eigenlijk. Zij is van mening dat er in het Woningzorgarrest geen sprake was van een zuiver wijzigingsontslag maar van een verval van een deel van de arbeidsplaats omdat de oproepdienst-uren waren weggevallen. Volgens het UWV viel dit ontslag dan ook onder de noemer deeltijdontslag. Zij zijn van mening dat op basis van art. 4:1 van het Ontslagbesluit UWV een ontslagvergunning om bedrijfseconomische/organisatorische redenen slechts kan verlenen als aannemelijk is gemaakt dat de arbeidsplaats (ten minste gedeeltelijk) komt te vervallen. Als de werkgever slechts de arbeidsvoorwaarden wil wijzigen (wijzigingsontslag), vervalt in deze visie de arbeidsplaats niet en kan geen ontslagvergunning worden verleend. UWV verwijst in haar reactie tevens naar het artikel van mr. De Wolff in Arbeidsrecht 2011 nr. 14, deze stelt dat UWV nu ook (eenzijdige) vermindering van de materiële arbeidsvoorwaarden op redelijkheid zou kunnen/mogen beoordelen.[49] UWV geeft aan dat dit expliciet niet de bedoeling en de structuur van de UWV procedure is. De Wolff geeft verder in haar artikel aan dat het wellicht wenselijk is om de beleidsregels van het UWV aan te passen. UWV geeft echter aan dat zij niet voornemens is om haar beleidsregels aan te passen. UWV geeft tevens aan dat zij de ontslagvergunning niet had verleend indien Woonzorg niet had aangegeven aansluitend aan het ontslag nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden.

Uit deze reactie van het UWV kan dus worden geconcludeerd dat een wijzigingsontslag niet mogelijk is indien er enkel een wijziging van arbeidsvoorwaarden mee wordt bewerkstelligd, er zal aangetoond moeten worden dat er daadwerkelijk (gedeeltelijk) een arbeidsplaats komt te vervallen. Een situatie waarin de werkgever bijvoorbeeld een lease-auto-regeling wil laten vervallen of versoberen leent zich dus niet voor een wijzigingsontslag. Hij zal dan de 'normale wijzigingsroute' moeten bewandelen.

§ 5.6 Kennelijk onredelijk ontslagprocedure

Zoals reeds gesteld kan de werknemer bij een wijzigingsontslag met toestemming van het UWV, een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten. De werknemer dagvaardt de werkgever en vordert een verklaring voor recht dat het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Hij kan hierbij schadevergoeding vorderen, maar ook herstel van de

[49] Mr. D.J.B. de Wolff is advocaat bij Stadhouders Advocaten te Utrecht.

arbeidsovereenkomst.[50] Dit laatste komt in de praktijk niet veel voor. Vrij recent heeft de kantonrechter Utrecht nog een arbeidsovereenkomst hersteld.[51] Het kan zijn dat de werkgever koste wat kost de arbeidsverhouding niet wil herstellen. Hij kan dan de rechter vragen om de arbeidsovereenkomst niet te herstellen en een afkoopsom vast te stellen.[52] Indien een werkgever hierom verzoekt, is de rechter verplicht om een afkoopsom vast te stellen.[53] Door het afkoopverzoek wordt de tenuitvoerlegging van de herstelveroordeling van rechtswege geschorst. De werkgever moet gedurende de schorsing een bedrag gelijk aan het loon betalen.

De werkgever in het Woonzorg-arrest had mijns inziens zo zorgvuldig mogelijk gehandeld. De beschikbaarheidsdiensten werden nog uitbetaald terwijl Woonzorg deze diensten reeds uitbesteed had. Daarnaast heeft Woonzorg een schadevergoeding op basis van de kantonrechtersformule uitbetaald, waarbij correctiefactor C=1 werd gehanteerd. De vergoeding voor de beschikbaarheidsdiensten werd meegenomen in de factor B. Indien Woonzorg geen vergoeding had toegekend was het ontslag waarschijnlijk wel kennelijk onredelijk geweest.

Het wijzigingsontslag heeft dus in feite geen wettelijke grondslag. Toch heeft de Hoge Raad in haar arrest aangegeven dat het wijzigingsontslag binnen ons ontslagstelsel past. Gezien het feit dat UWV alleen een ontslagvergunning verleent indien er een arbeidsplaats geheel of gedeeltelijk vervalt, denk ik niet dat er veel gebruik zal worden gemaakt van het wijzigingsontslag.

[50] Artikel 7:682 lid 1 BW.
[51] Ktr. Utrecht 13 juli 2011, *JAR* 2011/218, zie ook: Ktr. Groningen 10 juni 2000, *JAR* 2011/47, Ktr. Groningen 27 juli 2005, *JAR* 2005/196, Rb. 's-Hertogenbosch 8 januari 1999, *JAR* 1999/41.
[52] Artikel 7:682 leden 3,4, en 5 BW.
[53] Ktr. Zuthpen 25 februari 2003, *JAR* 2003/100.

6. In hoeverre kan men een arbeidsvoorwaarde die is vastgelegd in een cao eenzijdig wijzigen?

Om te bepalen of een arbeidsvoorwaarde die vastgelegd is in een cao (eenzijdig) kan worden gewijzigd kan het van belang zijn om te weten of een werknemer gebonden is aan de betreffende cao. Tevens is het vanwege het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:613 BW van belang om vast te kunnen stellen of iemand gebonden is aan een bepaalde cao. Gezien de complexiteit van het cao-recht wordt in dit hoofdstuk enkel gekeken naar de gebondenheid aan de cao en de mogelijkheid om een arbeidsvoorwaarde uit een cao te wijzigen.

§ 6.1 Gebondenheid aan een cao

Ondernemers en werkenden kunnen onderworpen zijn aan een cao, hetzij omdat de wet dat bepaalt (gebondenheid *ex lege*), hetzij omdat ze het zelf zo bepaald hebben (gebondenheid *ex contractu*)[54].

De gebondenheid ex lege kan er zijn door vier factoren:

- De gebondenheid vanwege lidmaatschap aan beide zijden;
- De art. 14-constructie;
- De algemeenverbindendverklaring;
- De gebondenheid door overgang van onderneming.

De gebondenheid aan de cao ex contractu kan er zijn door drie factoren:

- De gebondenheid vanwege een uitdrukkelijk contractueel beding;
- Door gebruik of gewoonte;
- Door overige vormen.

Van gebondenheid vanwege lidmaatschap aan beide zijden is sprake indien de werkgever lid is van een werkgeversorganisatie, die deze bedrijfstak-cao heeft afgesloten of wanneer hij zelf de cao heeft afgesloten en de werknemer lid is van een vakorganisatie die de cao heeft medeondertekend.

Indien de werknemer geen lid is van een vakorganisatie zoals hierboven beschreven biedt artikel 14 Wet CAO een uitkomst. Art. 14 Wet CAO verplicht de aan de cao gebonden werkgever 'tijdens de duur dier overeenkomst haar bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij arbeidsovereenkomsten, als in de collectieve arbeidsovereenkomst bedoeld, welke hij aangaat met werknemers, die door de collectieve arbeidsovereenkomst niet gebonden zijn'. De bepaling in artikel 14 Wet CAO houdt in dat de werknemers ook gebonden zijn aan de afwijkingen van diekwartdwingend recht. Indien de werkgever zich niet aan de verplichtingen uit artikel 14 Wet CAO houdt, kan de werknemer zich niet beroepen op deze wetsbepaling. Alleen de vakbond die cao-partij is kan zoiets doen. Een verklaring hiervoor is gelegen in het feit dat de wetgever van 1927 heeft willen voorkomen dat de georganiseerden uit de markt geprijsd zouden worden.

[54] A.T.J.M. Jacobs, Collectief arbeidsrecht, Kluwer 2005.

De Wet op het algemeen verbinden en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) regelt dat de Minister van Sociale Zaken over de bevoegdheid beschikt om cao-bepalingen algemeen verbindend te verklaren. Indien de Minister van zijn bevoegdheid gebruik maakt, dan moet iedere werkgever in de betreffende bedrijfstak deze cao toepassen ten opzichte van alle werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen.

Het is mogelijk dat een werkgever om welke redenen dan ook besluit om geen lid te worden van een werkgeversorganisatie maar wel de in de bedrijfstak heersende cao toe wil passen op de individuele arbeidsovereenkomsten die hij afsluit. In dit geval zal de werkgever in de individuele arbeidsovereenkomst een zogenoemd incorporatiebeding opnemen, hierin stellen partijen dat de cao van toepassing is.

§ 6.2 Mogelijkheid om een cao-voorwaarde eenzijdig te wijzigen?

Op grond van artikel 12 Wet CAO kan niet worden afgeweken van de cao. Wijziging van een arbeidsvoorwaarde die is vastgelegd in de cao is nietig. Er zijn twee soorten cao's, de standaard-cao en de minimum-cao. Van een standaard cao kan in geen geval worden afgeweken, zelfs niet als dit voordeliger is voor de werknemer.[55] Bij een minimum-cao moet aan het minimumvereiste zijn voldaan. Indien hieraan is voldaan, gelden de regels van de eenzijdige wijziging. Alvorens een eenzijdige wijziging door te voeren is het dus van belang om te kijken of er een cao van toepassing is. Indien er in de cao is vastgelegd dat er bijvoorbeeld een bonus wordt uitgekeerd, dan ontkomt de werkgever hier niet aan. Indien de cao een standaardkarakter heeft en er is bijvoorbeeld vastgelegd welk werkrooster er geldt, dan kan de werkgever dit niet wijzigen.

[55] Ktr. Almelo 14 mei 2009, LJN: BI5189.

7. Wat zijn de verschillen tussen de eenzijdige wijziging via artikel 7:613 BW, artikel 7:611 BW, artikel 6:248 lid 2 BW, artikel 6:258 BW en de eenzijdige wijziging via het wijzigingsontslag?

Er zijn meerdere verschillen te onderscheiden tussen de eenzijdige wijziging via artikel 7:613 BW, artikel 7:611 BW, artikel 6:248 lid 2 BW, artikel 6:258 BW en de eenzijdige wijziging via het wijzigingsontslag. Enerzijds zijn er verschillen in de toetsingscriteria die de betreffende instanties hanteren. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de individuele eenzijdige wijziging en de eenzijdige wijziging met een collectief karakter. Ook de aard van de arbeidsvoorwaarde die gewijzigd wordt, kan van belang zijn bij de beoordeling van de wijziging. In paragraaf 7.1 wordt het onderscheid tussen de gevallen waarin wel, en de gevallen waar geen wijzigingsbeding is opgenomen behandeld. Paragraaf 7.2 bespreekt vervolgens de verschillen tussen de eenzijdige wijziging die betrekking heeft op één werknemer en de eenzijdige wijziging die meerdere werknemers raakt. Uit de rechtspraak blijkt dat bij het toetsen van de eenzijdige wijziging de aard van de arbeidsvoorwaarde die wordt gewijzigd van groot belang is, het gewicht dat rechters hieraan toekennen wordt besproken in paragraaf 7.3. Vervolgens worden de verschillen besproken tussen de eenzijdige wijziging via de hierboven genoemde wegen (art. 7:613 Bw, art. 7:611 BW, art. 6:248 lid 2 BW, art. 6:258 BW) en die van het wijzigingsontslag. Tot slot wordt in een schema kort en bondig weergegeven wat de verschillende wijzigingstechnieken zijn en welke kenmerken daarbij horen.

§ 7.1 Wel of geen wijzigingsbeding?

Allereerst is het van belang om te kijken naar de mogelijkheid om een eenzijdige wijziging op grond van artikel 7:613 BW door te voeren. Er zal dus moeten worden gekeken of een wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Een werkgever kan in beginsel namelijk geen eenzijdige wijziging doorvoeren indien er tussen partijen niet schriftelijk een wijzigingsbeding is overeengekomen. Uitgangspunt bij het ontbreken van een wijzigingsbeding is dat werkgever en werknemer in onderling overleg tot overeenstemming dienen te komen wat betreft de voorgenomen wijziging van de arbeidsvoorwaarde(n).Uit de overwegingen in Stoof/Mammoet valt te concluderen dat de werkgever in de verandering van omstandigheden aanleiding moet hebben kunnen vinden tot het doen van een wijzigingsvoorstel. Het grote verschil tussen artikel 7:613 BW en artikel 7:611 BW is dan ook dat, indien er geen wijzigingsbeding is opgenomen, de werkgever moet aantonen dat er gewijzigde omstandigheden zijn die aanleiding geven tot het doen van een wijzigingsvoorstel, vervolgens dient hij met zijn werknemer in overleg te treden over het voorstel tot wijziging. De uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen voor werkgever en werknemer zijn van belang bij het tot overeenstemming komen over het gedane voorstel.

Indien tussen partijen wel een wijzigingsbeding is overeengekomen, behoudt werkgever zich het recht voor om arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Voor de toepassing van het beding is het niet vereist dat er een verandering in omstandigheden is. De werkgever hoeft ook niet met de werknemer in overleg te treden over de (voorgenomen) wijziging. De rechter zal dan 'slechts' toetsen of de werkgever een zwaarwegend belang bij de

wijziging heeft waarvoor het belang van de werknemer dat door de wijziging wordt geschaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De werkgever hoeft geen voorstel aan de werknemer te doen indien hij een wijzigingbeding is overeengekomen. Het komt vaak voor (in situaties waarin geen wijzigingsbeding is overeengekomen) dat werkgevers die arbeidsvoorwaarden willen wijzigen, door de rechter worden teruggefloten indien deze constateert dat er helemaal geen voorstel aan de werknemer is gedaan. Zo speelde er bij de kantonrechter Enschede een zaak waarin een suppletie bij ziekte zonder instemming of overleg werd afgeschaft.[56] De kantonrechter Haarlem behandelde in 2009 een zaak waarin een taakwijziging door de werkgever enkel werd medegedeeld aan de werknemer.[57] In 2009 speelde bij de kantonrechter Nijmegen een zaak waarin een werknemer na een periode van arbeidsongeschiktheid terugkeerde op zijn werkplek en erachter kwam dat zijn functie was veranderd.[58] De werkgever die zonder een voorstel te hebben gedaan het alcoholbeleid wijzigt werd door de kantonrechter Alkmaar op de vingers getikt.[59] Verder is er een voorbeeld van een werkgever die zonder voorstel te doen een bonus afschaft.[60] Een schoonmaakster werd zomaar op een ander project tewerkgesteld.[61] In een ander geval werd een werknemer opgedragen zich voortaan te concentreren op slechts een van zijn taken, wederom zonder hiertoe voorafgaand een voorstel te hebben gedaan.[62] Verder speelde er nog een zaak bij de kantonrechter Utrecht waarin een pensioentoezegging zonder voorstel werd gekort.[63] De werkgever die de toestemming voor een nevenfunctie in trok kreeg van de kantonrechter Alkmaar nul op het rekest.[64]

Dit zijn een aantal uitspraken van de laatste drie jaar waarin het ontbreken van een voorstel de werkgever opbreekt bij het doorvoeren van een eenzijdige wijziging. In al deze uitspraken werd er getoetst aan art. 7:611 BW. Indien de werkgever wel een wijzigingsbeding was overeengekomen met zijn werknemer, zou worden getoetst aan de hand van het criterium van art. 7:613 BW. De werkgever zou in dit geval geen voorstel hoeven te doen, hij hoeft niet in overleg te treden met de werknemer over de voorgenomen wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden. Onzeker is of bovengenoemde eenzijdige wijzigingen 'de toets van het zwaarwegend belang' wel zouden hebben doorstaan.

De kantonrechter Sittard[65] oordeelde in een zaak waar geen wijzigingsbeding tussen partijen was overeengekomen dat de werkgever diende aan te tonen dat er gewijzigde omstandigheden op het werk waren die aanleiding hadden gegeven om te komen tot een wijzigingsvoorstel. De kantonrechter oordeelde dat instemming met de eenzijdige wijziging niet in redelijkheid van de werknemer verwacht hoefde te worden. Eveneens interessant om te weten of de kantonrechter anders zou hebben geoordeeld indien er een beding ex art. 7:613 BW in de arbeidsovereenkomst was opgenomen, de werkgever had dan immers geen wijziging van omstandigheden hoeven aan te tonen.

[56] Ktr Enschede 10 maart 2011, *LJN* BP7566.
[57] Ktr. Haarlem 27 maart 2009, *LJN* BI1029.
[58] Ktr. Nijmegen 24 september 2009, *LJN* BK3290.
[59] Ktr. Alkmaar 29 oktober 2009, *LJN* BK7946.
[60] Ktr. Rotterdam 13 november 2009, *LJN* BK4966.
[61] Ktr. Groningen 27 juli 2010, *LJN* BN3547.
[62] Ktr. Dordrecht 9 juli 2009, *LJN* BJ2066.
[63] Ktr. Utrecht 2 februari 2011, *LJN* BP2283.
[64] Ktr. Alkmaar 24 maart 2009, *LJN* BH8355.
[65] Ktr. Sittard 3 maart 2010, *JAR* 2010/137.

§ 7.2 Individuele eenzijdige wijziging of eenzijdige wijziging met collectief karakter?

Verder kan er onderscheid worden gemaakt tussen een individuele eenzijdige wijziging en een collectieve eenzijdige wijziging. De Hoge Raad heeft in het arrest Stoof/Mammoet bepaald dat art. 7:613 BW veeleer ziet op eenzijdige wijziging ten aanzien van meerdere werknemers. Voor de collectieve wijziging geldt de toets van art. 7:611 BW niet, het zou immers niet wenselijk zijn om als werkgever met alle werknemers individueel in overleg te treden over het wijzigingsvoorstel. Voor situaties waarin geen wijzigingsbeding is overeengekomen en een collectieve eenzijdige wijziging wordt doorgevoerd, zal aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW worden getoetst. Zoals in hoofdstuk 3 reeds aangegeven, zal de werkgever in dit geval aannemelijk moeten maken dat vasthouden aan de ongewijzigde arbeidsvoorwaarde(n) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze toets wordt gezien als een zwaardere toets dan die van art. 7:613 BW. Het is om deze reden dan ook aan te raden om een wijzigingsbeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst.

Indien een werkgever een regeling met een collectief karakter wil wijzigen is art. 7:611 BW namelijk niet van toepassing. Mocht er geen wijzigingsbeding zijn opgenomen, zal de rechter toetsen aan de onaanvaardbaarheidnorm. Dat dit van doorslaggevend belang kan zijn zal worden toegelicht aan de hand van een uitspraak van de kantonrechter Eindhoven uit 2005.[66] In deze zaak procedeerde FNV Bondgenoten namens de werknemers tegen Philips in Eindhoven. Philips had in de richtlijn arbeidsvoorwaarden een groepsvervoersregeling opgenomen. Deze regeling hield in dat werknemers voor hun woon-werkverkeer gebruik konden maken van door Philips ingezette en betaalde bussen. Philips heeft bij brief van 14 april 2005 de deelnemers aan deze regeling bericht dat het groepsvervoer per 1 januari 2006 zal worden afgeschaft. Philips geeft daarbij tevens aan dat er een financiële compensatie zal worden geboden. De kantonrechter oordeelt dat Philips zich niet op het in de richtlijn arbeidsvoorwaarden opgenomen wijzigingsbeding kan beroepen omdat deze eenzijdig door Philips is vastgesteld. De bepaling is ook niet in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerd. Aangezien het hier een eenzijdige wijziging met een collectief karakter betreft, en er geen wijzigingsbeding op rechtsgeldige wijze is overeengekomen, zal de kantonrechter de wijziging toetsen aan de hand van de strenge maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. De werkgever zal aannemelijk moeten maken dat de instandhouding van de arbeidsvoorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Philips brengt onder meer naar voren dat de kosten van het groepsvervoer te hoog zijn, dat sprake is van 'organisatorische onbeheersbaarheid' en dat zij een adequate oplossing heeft geboden door het creëren van een carpoolprogramma en omdat zij een financiële compensatieregeling in het leven hebben geroepen. Wat betreft de kosten van de groepsvervoersregeling stelt Philips dat deze regeling ongeveer twee- tot drie maal zo duur is als de gewone reiskostenregeling. De afschaffing van de regeling zou Philips in 2006 reeds EUR 413.500,00 besparen. De kantonrechter is van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat er zodanige zwaarwegende omstandigheden zijn dat handhaving van de groepsvervoersregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

[66] Ktr. Eindhoven 20 december 2005, *JAR* 2006/38.

Mogelijk was de kantonrechter tot een ander oordeel gekomen indien het wijzigingsbeding wel rechtsgeldig was overeengekomen. Mijns inziens toont Philips met voorgenoemde kostenbesparing aan dat zij een zwaarwegend belang heeft bij de afschaffing van het groepsvervoer. Aangezien Philips een financiële compensatie heeft aangeboden, zij een carpoolprogramma heeft gecreëerd en er een 'normale' reiskostenvergoeding blijft bestaan, is de verwachting gerechtvaardigd dat de kantonrechter bij de 'art. 7:613 BW-toets' wel overstag was gegaan.

Een ander voorbeeld van een uitspraak waarin het verschil in zwaarte van het toetsingscriterium van art. 7:613 BW en 6:248 lid 2 BW wordt belicht, is die van de kantonrechter Utrecht van 23 maart 2011.[67] Deze uitspraak is reeds in § 3.1.5 aan bod gekomen, desondanks wordt deze uitspraak hier nogmaals besproken. Mijns inziens is dit namelijk een mooi voorbeeld om het verschil tussen de toetsingscriteria van art. 7:613 BW en 6:248 lid 2 BW in beeld te brengen, en niet onbelangrijk, ook het (mogelijke) gevolg daarvan voor de uitspraak. In deze zaak procedeerden twee werknemers tegen hun werkgever. Partijen waren verdeeld over de vraag of er een wijzigingsbeding was overeengekomen. In de arbeidsovereenkomst van de ene werknemer was opgenomen dat alle arbeidsvoorwaarden en voorzieningen worden bepaald en toegepast conform de cao en dat de werkgever bevoegd is de inhoud van de regelingen te wijzigingen na toestemming van de OR of de vakorganisatie. In de arbeidsovereenkomst van de andere werknemer was een dergelijk beding niet opgenomen. Op beide arbeidsovereenkomsten was de cao van toepassing. In de cao was de mogelijkheid opgenomen om de wijziging van regelingen van enkele specifieke onderwerpen over te laten aan het overleg tussen de OR en de onderneming. De OR had in dit geval onvoorwaardelijke toestemming gegeven om de regeling te wijzigen.

De kantonrechter is van oordeel dat er indirect sprake was van een overeengekomen wijzigingsbeding. Derhalve diende getoetst te worden aan de hand van het toetsingscriterium van art. 7:613 BW. De kantonrechter geeft hierbij duidelijk aan dat hij mogelijk tot een ander oordeel was gekomen indien er geen wijzigingsbeding was overeengekomen: *'Dat de wijziging mogelijk de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW niet zou doorstaan, staat daarom aan doorwerking van de gewijzigde regeling in de arbeidsovereenkomsten niet in de weg'.*[68] Deze uitspraak onderstreept mijns inziens het belang dat een werkgever zichzelf 'indekt' door een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen.

Wanneer is er nu sprake van een eenzijdige wijziging met een collectief karakter? Dit zal niet het geval zijn indien er bij drie werknemers in een bedrijf de functie wordt gewijzigd, dit zal dan hoogstwaarschijnlijk worden gezien als drie individuele gevallen. Mijns inziens moet er bij een eenzijdige wijziging met een collectief karakter worden gedacht aan een wijziging die een grote groep werknemers raakt, bijvoorbeeld gevallen waarbij de werkgever de reiskostenvergoeding voor al zijn werknemers wil wijzigen of de een onkostenvergoeding wil afschaffen. Maar wat nu als bij afschaffing van een reiskostenregeling maar een werknemer protesteert? Wordt er dan gesproken over een individuele wijziging of is het een eenzijdige wijziging met een collectief karakter?

De kantonrechter Heerlen hanteert in zijn uitspraak het toetsingscriterium van art. 7:611 BW bij het gewijzigde werkrooster. Dit vind ik opvallend, het wijzigen van het werkrooster van al het personeel zou immers aangemerkt kunnen worden als een

[67] Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *JAR* 2011/125.
[68] Ktr Utrecht 23 maart 2011, *JAR* 2011/125.

wijziging met een collectief karakter. De kantonrechter zou dan moeten toetsen aan de hand van artikel 7:613 BW (indien de werkgever een wijzigingsbeding was overeengekomen) of aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW. De uitkomst van de zaak was waarschijnlijk hetzelfde geweest maar toch vind ik het vreemd dat de rechter in deze zaak toetste aan de hand van art. 7:611 BW.

De werkgever kan er voor kiezen om bij een individuele eenzijdige wijziging geen gebruik te maken van het wijzigingsbeding, de rechter zal dan ook niet toetsen aan de hand van art. 7:613 BW maar aan de hand van art. 7:611 BW. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de kantonrechter Alkmaar van 19 september 2011.[69] De kantonrechter geeft bij de beoordeling van het geschil wel aan dat hij bij het hanteren van de maatstaf van art. 7:613 BW niet tot een ander oordeel zou zijn gekomen. Al met al kan gesteld worden dat het geen kwaad kan om een wijzigingsbeding overeen te komen, de werkgever kan immers zelf kiezen of hij wel of geen gebruik maakt van het beding.

Er zijn situaties denkbaar waarin het gunstig is voor een werkgever om de rechter te laten toetsen aan de hand van art. 7:611 BW. Een functiewijziging doorstaat wellicht eerder de toets van art. 7:611 BW dan die van art. 7:613 BW. Dit zal de werkgever aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten inschatten. Wil dezelfde werkgever de reiskostenregeling voor al zijn werknemers aanpassen, dan is het juist van doorslaggevend belang dat hij een beding ex art. 7:613 BW is overeengekomen. De toets van art. 7:613 BW is namelijk lichter dan de toets van art. 6:248 lid 2 BW of art. 6:258 BW.

Zie onderstaande tabel voor een schematische weergave van de mogelijke toetsingscriteria bij een individuele en een collectieve wijziging.

	Individueel	Collectief
Wijzigingsbeding	7:613 BW of 7:611 BW	7:613 BW
Geen wijzigingsbeding	7:611 BW	6:248 BW of 6:258 BW

§ 7.3 Aard van de arbeidsvoorwaarde

Uit de jurisprudentie blijkt dat de aard van de arbeidsvoorwaarde die gewijzigd wordt, van groot belang is bij de vraag of de werknemer in redelijkheid met het voorstel dient in te stemmen. Zo blijkt bijvoorbeeld dat een werkgever al snel in redelijkheid mag verlangen dat zijn werknemer instemt met gewijzigde werktijden, instemming verlangen omtrent verlaging van het salaris zal heel wat lastiger worden. Sommige auteurs spreken over een onderscheid tussen primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden. De wet maakt echter geen onderscheid tussen verschillende soorten arbeidsvoorwaarden.

Aan de hand van (recente) jurisprudentie zal een beeld worden geschetst over wat de aard van de (te wijzigen) arbeidsvoorwaarde voor invloed heeft op de belangenafweging die de rechter maakt.

§ 7.3.1 Werktijden/roosters

Over het algemeen wordt bij het wijzigen van werktijden door rechters verwacht dat de werknemer zich enigszins flexibel opstelt. Een voorbeeld hiervan was een werkgever die

[69] Ktr. Alkmaar 19 september 2011, *LJN* BT7133.

verlangde van zijn werkneemster dat zij eerder aan haar avonddienst begon. Zij werkte voorheen van 18:00 uur tot 23:00 uur, na wijziging van de werktijden zou haar dienst om 15:45 uur beginnen. De werkgever wilde deze werktijden veranderen omdat er teveel inefficiënte uren werden gedraaid. De financiering binnen de verpleegzorg was zodanig gewijzigd dat de werkgever genoodzaakt was om de medewerkers gelijkmatig te spreiden over de dag. De rechter toetst het onderhavige geval aan de hand van art. 7:611 BW. Hij stelt vast dat aan de drie criteria van Stoof/Mammoet is voldaan en wijst de vordering van de werknemer af.[70] In een andere zaak diende ambulancepersoneel een ongunstiger rooster te accepteren omdat de verkorting van aanrijdtijden van groot belang was.[71] In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure speelde een zaak waarin de arbeidsovereenkomst van een werknemer was opgezegd die zich weigerde te houden aan gewijzigde werktijden omdat hij dan niet langer actief zou kunnen zijn voor de vrijwillige brandweer. De opzegging werd door het hof niet kennelijk onredelijk bevonden.[72]

§ 7.3.2 Functiewijziging

Indien de werkgever een functiewijziging wil realiseren zal hij aannemelijk moeten maken dat de werknemer niet naar behoren functioneert, de werkgever doet er goed aan om in zulk geval ook een verbetertraject met de werknemer te hebben doorlopen. De kantonrechter Gorinchem liet in zo'n geval een functiewijziging toe met een salarisverlaging van 30%.[73] De instemming met een functiewijziging brengt niet automatisch met zich mee dat de werknemer ook instemt met een salarisverlaging. Zie hiervoor de uitspraak van het hof 's-Gravenhage, de werknemer in deze zaak had de nieuwe functie onder protest geaccepteerd.[74] De rechter zal toetsen of de werkgever zorgvuldig heeft gehandeld en of de voorgestelde functiewijziging redelijk is. Zie hiervoor onder andere kantonrechter Dordrecht 11 september 2008,[75] kantonrechter Breda 28 april 2011[76] en de kantonrechter Deventer 8 januari 2009.[77]

§ 7.3.3 Materiële arbeidsvoorwaarden

Zaken waarin een werkgever materiële arbeidsvoorwaarden wil wijzigen worden vaak in het voordeel van de werknemer beslist. Hieronder een aantal arbeidsvoorwaarden die volgens de rechtspraak niet konden worden gewijzigd. Het aanpassen van een pensioentoezegging van een eindloonregeling naar een middelloonregeling werd onredelijk geacht.[78] Ook het beperken van in de loop der tijd toegekende compensatiedagen kon volgens het hof niet door de beugel.[79] Verder speelde er nog een zaak waarin het vooruitzicht op een VUT-uitkering voor oudere werknemers werd doorkruist.[80] Bij deze zaak moet de kanttekening worden geplaatst dat het hof toetste aan de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW, er was immers sprake van een wijziging met een collectief karakter. Mijns inziens zou in de zaak waar de souschefkok in een lagere functie werd geplaatst, besproken in hoofdstuk 3 van deze scriptie, hoogstwaarschijnlijk

[70] Ktr. Utrecht 27 april 2011, *LJN* BQ3288.
[71] Ktr. Groningen 12 mei 2011, *LJN* BQ5383.
[72] Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2009, *LJN* BH0699.
[73] Ktr. Gorinchem 14 juni 2010, *LJN* BM8174.
[74] Hof 's-Gravenhage 19 oktober 2010, *LJN* BO6550.
[75] Ktr. Dordrecht 11 september 2008, *LJN* BF1354
[76] Ktr Breda 28 april 2011, *LJN* BQ3914.
[77] Ktr. Deventer 8 januari 2009, *LJN* BG9482.
[78] Ktr. Utrecht 13 mei 2009, *LJN* BI3516.
[79] Hof Arnhem 31 augustus 2010, *LJN* BN5568.
[80] Hof Amsterdam 27 juli 2010, *LJN* BN9262.

anders zijn beslist, indien de functiewijziging tevens een salarisverlaging zou betekenen. De kantonrechter geeft in zijn overweging ook aan dat de belangen van de werknemer niet worden geschaad omdat de functiewijziging geen salarisverlaging met zich meebrengt.

Wat betreft de aard van de arbeidsvoorwaarde kan worden geconcludeerd dat deze in belangrijke mate van invloed is op de besluitvorming van de rechter. Zo valt te stellen dat bij bijvoorbeeld gewijzigde werktijden en roosterwijzigingen enige flexibiliteit van de werknemer wordt verwacht. De rechter zal dan al snel oordelen dat de werknemer moet instemmen met de voorgestelde wijzigingen. Wil een werkgever een salarisvermindering doorvoeren, dan zal hij met wel heel sterke argumenten moeten komen om de rechter te overtuigen.

§ 7.4 Het wijzigingsontslag

Het wijzigingsontslag lijkt vooralsnog moeilijk te vergelijken met de overige 'methoden van eenzijdige wijziging'. Vergeleken met de eenzijdige wijziging via art. 7:613 BW, art. 7:611 BW, art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:258 BW, wordt het wijzigingsontslag in beginsel niet getoetst door een rechter. Over het toetsingscriterium dat het UWV hanteert is weinig duidelijkheid. UWV heeft laten weten dat zij alleen een ontslagvergunning verleent indien er een arbeidsplaats geheel of gedeeltelijk komt vervallen. Mijns inziens zal het UWV de ontslagaanvraag dan ook afwijzen indien niet aan deze voorwaarde is voldaan. Zoals eerder gesteld leent het wijzigingsontslag zich dan ook niet voor het wijzigen van bijvoorbeeld een lease-auto-regeling, een pensioenregeling of een standplaats. Bij deze voorbeelden is er immers geen sprake van een arbeidsplaats die (gedeeltelijk) komt te vervallen. De werkgever dient er wel rekening mee te houden dat de werknemer de mogelijkheid heeft om binnen zes maanden na verlenen van de ontslagvergunning een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten. Dit zou in de 'UWV-route' dan voor het eerst zijn dat de rechter de situatie zal beoordelen. Zoals de Hoge Raad heeft aangegeven in haar arrest van 24 december 2010 zal bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid worden gekeken of het wijzigingsontslag in feite een omzeiling is van de zwaardere redelijkheidstoets van art. 7:613 BW of art. 7:611 BW. Indien de rechter oordeelt dat dit het geval is, dan zou dat kunnen betekenen dat het ontslag kennelijk onredelijk is. De werkgever dient er dan rekening mee te houden dat hij een schadevergoeding dient te betalen aan de werknemer. De rechter zal de hoogte van deze schadevergoeding bepalen. Over de hoogte van dit bedrag valt vooraf weinig te zeggen. Bij een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag mag namelijk niet met een vaste formule worden gewerkt. Dit heeft de Hoge Raad bepaald in de arresten van 2009 en 2010.

Het grootste verschil tussen het wijzigingsontslag en de toetsing door de rechter is dat de werkgever bij een wijzigingsontslag zal moeten aantonen dat er een arbeidsplaats (gedeeltelijk) komt te vervallen. Dit wil zeggen dat het toepassingsbereik van het wijzigingsontslag vrij beperkt is. Het zal wellicht een handig instrument zijn om een functiewijziging te bewerkstelligen, de werkgever dient dan wel aannemelijk te maken dat de oude functie komt te vervallen. Verder bestaat het risico voor de werkgever dat hij in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure terecht kan komen. Hierbij bestaat de kans dat de rechter het ontslag kennelijk onredelijk acht en dat hij aan de werknemer een vergoeding toekent. Naast de financiële schadevergoeding kan de werknemer herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen. De werkgever kan dit voorkomen door de rechter te verzoeken een afkoopsom vast te stellen. Aan deze afkoopsom zit doorgaans een hoog

prijskaartje verbonden. Zo paste de kantonrechter Zutphen bij het vaststellen een afkoopsom de correctiefactor C=3 toe.[81] Hoewel tegenwoordig in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure geen gebruik meer mag worden gemaakt van de kantonrechtersformule, blijkt hieruit wel dat de werkgever rekening moet houden met een forse afkoopsom.

§ 7.5 Schematisch overzicht

Ter afsluiting van dit hoofdstuk is in onderstaande tabel een beknopt overzicht opgenomen van de verschillende manieren om een eenzijdige wijziging door te voeren en de kenmerken daarvan.

Grondslag eenzijdige wijziging	**Kenmerken**
Art. 7:613 BW	Werkgever dient een zwaarwegend belang aan te tonen waarvoor het belang van de werknemer, dat door de wijziging wordt geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal moeten wijken. Dit criterium kan enkel worden toegepast indien er een wijzigingsbeding op geldige wijze is overeengekomen. Het kan worden toegepast op individuele eenzijdige wijzigingen en op eenzijdige wijzigingen met een collectief karakter.
Art. 7:611 BW	Er dient sprake te zijn van gewijzigde omstandigheden op het werk. Aan de hand van deze gewijzigde omstandigheden moet de werkgever een redelijk voorstel aan de werknemer hebben gedaan. Werkgever en werknemer dienen over dit voorstel tot wijziging in overleg te treden. Voor dit overleg gelden de 'regels' van art. 7:611 BW. Daarnaast moet aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer moeten worden gevergd. Dit toetsingscriterium wordt alleen toegepast bij eenzijdige wijzigingen met een individueel karakter.
Art. 6:248 lid 2 BW	De werkgever kan zich op dit artikel beroepen indien het ongewijzigd laten van de voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit toetsingscriterium wordt als strenger gezien dan bovenstaande toetsingscriteria. Het wordt toegepast in situaties waarin een eenzijdige wijziging met een collectief karakter wordt doorgevoerd en er geen wijzigingsbeding is overeengekomen.
Art. 6:258 BW	Lex specialis van art. 6:248 lid 2 BW. Er dienen onvoorziene omstandigheden te worden aangetoond, die niet krachtens de aard of verkeersopvattingen voor risico komen voor degene die zich erop beroept. Alleen dan zal er een legitimatie voor

[81] Ktr. Zuthpen 25 februari 2003, *JAR* 2003/100.

	rechterlijk ingrijpen zijn. Naar mijn weten is er in het kader van de eenzijdige wijziging slechts een enkele keer met succes een beroep op dit artikel gedaan.
Wijzigingsontslag via het UWV	Het wijzigingsontslag lijkt zich vooralsnog enkel te lenen voor situaties waarin een arbeidsplaats (gedeeltelijk) komt te vervallen. Direct aansluitend aan de oude arbeidsovereenkomst zal aan de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst met gewijzigde arbeidvoorwaarden worden aangeboden. De werkgever loopt hierbij wel het risico dat de werknemer een kennelijk onredelijk ontslag procedure zal starten.

Conclusies en aanbevelingen

In voorgaande hoofdstukken is aan de hand van de wet en jurisprudentie onderzocht wat de verhoudingen zijn tussen de toetsingscriteria van de artikelen 7:613 BW, 7:611 BW, 6:248 lid 2 BW, 6:258 BW en het toetsingscriterium van het wijzigingsontslag. Wat betreft het wijzigingsontslag is contact opgenomen met het hoofdkantoor Arbeidsjuridische dienstverlening van UWV WERKbedrijf. Aan de hand van de bevindingen zullen in dit hoofdstuk conclusies worden getrokken en aanbevelingen worden gedaan met betrekking tot de advisering aan cliënten van Boels Zanders wat betreft de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden.

Deze scriptie kan door advocaten worden gebruikt indien een cliënt een specifieke vraag over de eenzijdige wijziging heeft. Daarnaast verzorgt Boels Zanders in het kader van acquisitie vaak presentaties bij bedrijven of seminars om nieuwe cliënten te werven of bestaande relaties te onderhouden. Mocht in deze presentatie of seminar het leerstuk van de eenzijdige wijziging aan bod komen, dan kan men deze informatie gebruiken. Ter afsluiting van dit hoofdstuk is een praktijkcasus uitgewerkt. In deze casus worden alle toetsingscriteria behandeld en wordt belicht waar een werkgever rekening mee dient te houden bij het eenzijdig wijzigen van (een) arbeidsvoorwaarde(n).

Conclusies

De eenzijdige wijziging en de bijbehorende toetsingscriteria gelden alleen indien een werkgever een arbeidsvoorwaarde wil wijzigen. Vaak is de grens tussen een gunst van de werkgever en een arbeidsvoorwaarde erg vaag. Voor een werkgever is het van belang om een duidelijk voorbehoud te maken bij bepaalde giften zoals een bonus die wordt uitgekeerd omdat er goede bedrijfsresultaten zijn gehaald. Indien een werknemer jarenlang deze bonussen ontvangt en er geen duidelijk voorbehoud is gemaakt, zal de bonus een verkregen recht worden. Dit heeft tot gevolg dat de werkgever deze arbeidsvoorwaarde niet zonder meer kan wijzigen of schrappen. Een duidelijk voorbeeld hiervan is het Frans Maas-arrest. De werkgever had jarenlang (onverplicht) het ziekengeld aangevuld, de rechter oordeelde dat het een verkregen recht was geworden.

Indien een werkgever een wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW is overeengekomen, dan kan hij de wijziging laten toetsen aan bijbehorend toetsingscriterium. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen eenzijdige wijzigingen met een individueel- en een collectief karakter. Individuele wijzigingen kunnen aan de hand van art. 7:613 BW (indien er een wijzigingsbeding is overeengekomen) of art. 7:611 BW worden getoetst. Bij een wijziging met een collectief karakter wordt niet getoetst aan de hand van art. 7:611 BW. Indien de werkgever een wijzigingsbeding is overeengekomen dan kan hij laten toetsen aan de hand van art. 7:613 BW. Mocht de werkgever geen wijzigingsbeding zijn overeengekomen, dan wordt getoetst aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW of aan de hand van art. 6:258 BW. Deze toetsen worden als zwaarder gezien dan de toetsen van art. 7:613 BW en art. 7:611 BW.

Uit de rechtspraak blijkt dat bepaalde arbeidsvoorwaarden eenvoudiger te wijzigen zijn dan andere. Zo blijkt dat het wijzigen van een werkrooster relatief makkelijk de toetsingscriteria doorstaat. De werknemer wordt op dit gebied geacht enige flexibiliteit te tonen. Wil een werkgever echter het salaris van zijn personeel versoberen, dan zal dit

een lastig karwei worden, ongeacht welk toetsingscriterium wordt gehanteerd. Voor een werkgever is het dus van belang om stil te staan bij de aard van de arbeidsvoorwaarde die hij wil wijzigen.

Na de uitspraak van de Hoge Raad in het Woonzorgarrest leek het wijzigingsontslag een volwaardige manier te zijn om een eenzijdige wijziging door te voeren. In de literatuur werd ondermeer gesteld dat UWV nu ook eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden op redelijkheid zou mogen beoordelen. Navraag bij het UWV leert ons echter dat UWV van mening is dat dit expliciet niet de bedoeling en de structuur van de UWV-procedure is. Het wijzigingsontslag kan slechts in uitzonderlijke gevallen worden toegepast. De werkgever dient aan te kunnen tonen dat er een arbeidsplaats (gedeeltelijk) komt te vervallen. Dit betekent dat het toepassingsbereik van het wijzigingsontslag redelijk beperkt is.

Aanbevelingen

Het is verstandig aan cliënten te adviseren altijd een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen. Zoals reeds uitgelegd in hoofdstuk 5 kan de werkgever dan zelf kiezen of hij de rechter wil laten toetsen aan de hand van art. 7:613 BW of art. 7:611 BW. Dit geldt dan voor situaties waarin de werkgever een individuele eenzijdige wijziging wil doorvoeren. Indien de werkgever een beding ex art. 7:613 BW is overeengekomen, is hij niet verplicht om aan de toetsingscriteria van het Stoof/Mammoet-arrest te voldoen. De werkgever hoeft dan niet aan te tonen dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden op het werk. Verder hoeft hij geen voorstel te doen aan zijn werknemer. Mocht de werkgever wel aan kunnen tonen dat er gewijzigde omstandigheden zijn en heeft hij de werknemer een redelijk voorstel gedaan, dan verdient het toetsingscriterium van Stoof/Mammoet wellicht de voorkeur.

Wanneer de werkgever een eenzijdige wijziging wenst door te voeren met een collectief karakter, is het doorgaans van doorslaggevend belang of er wel of geen beding ex art. 7:613 BW is overeengekomen. De onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW, of in specifieke situaties die van art. 6:258 BW, is vele malen zwaarder dan de toets van art. 7:613 BW. Doordat de werkgever een eenzijdig wijzigingsbeding heeft opgenomen, dekt hij zich in tegen het risico dat de rechter toetst aan de zwaardere maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW.

Indien de werkgever gebruik wil maken van zijn bevoegdheid om eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarde door te voeren, is het aan te raden om hierover instemming van de OR te krijgen. Ongeacht of er sprake is van een individuele eenzijdige wijziging of een eenzijdige wijziging met een collectief karakter. Uit de rechtspraak blijkt dat instemming van de OR gewicht in de schaal legt bij het beoordelen of er sprake is van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever. Dit wil overigens niet zeggen dat daarmee ook wordt vastgesteld dat de belangen van de werknemer hiervoor moeten wijken.

Mocht cliënt onverhoopt geen (rechtsgeldig) wijzigingsbeding hebben opgenomen, dan kan hij geen beroep doen op het toetsingscriterium van art. 7:613 BW. Indien hij een eenzijdige wijziging met een individueel karakter wil doorvoeren, zal de maatstaf van Stoof/Mammoet worden gehanteerd. Hij dient dan aan te tonen dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden op het werk die nopen tot wijziging van de overeenkomst. Hij dient dit goed te onderbouwen. Verder is het van belang dat hij een redelijk voorstel

doet aan de werknemer. Het niet kunnen aantonen van gewijzigde omstandigheden of het niet doen van een voorstel aan de werknemer heeft doorgaans tot gevolg dat de kantonrechter de werknemer in het gelijk stelt. Voor voorbeelden hiervan, zie § 7.1.

Indien de werkgever kan aantonen dat een arbeidsplaats deels komt te vervallen kan hij gebruik maken van het wijzigingsontslag via het UWV. Bij het gebruikmaken van het wijzigingsontslag bestaat het risico dat de werknemer een kennelijk onredelijk ontslagprocedure start. Om die reden is het dan ook van groot belang dat de werkgever bij het gebruikmaken van een wijzigingsontslag zo zorgvuldig mogelijk handelt. Advies is om de 'pijn' voor de werknemer zoveel mogelijk te verzachten door bijvoorbeeld een vergoeding aan te bieden (zie Woonzorg-arrest) of een overgangsregeling te hanteren. Hierdoor verkleint men de kans dat het ontslag kennelijk onredelijk wordt geacht en aan de werknemer een schadevergoeding wordt toegekend of dat de rechter de arbeidsovereenkomst herstelt. Dit herstel van de arbeidsovereenkomst kan de werkgever voorkomen door de rechter een afkoopsom te laten vaststellen. Deze afkoopsom kan echter hoog oplopen. Het is van belang om voorafgaand aan de beslissing een eenzijdige wijziging door te voeren, alle risico´s in kaart te brengen. Aan de hand daarvan moet worden besloten of de ´normale´ route wordt bewandeld, of dat gebruik wordt gemaakt van het wijzigingsontslag.

Praktijkcasus

Cliënt heeft kantoor om advies gevraagd inzake een wijziging van het werkrooster dat zij graag willen doorvoeren. Het werkrooster van cliënt sluit onvoldoende aan op de vraag uit de markt en de eisen die gesteld worden aan de dienstverlening binnen de organisatie. Aldus wil cliënt enkele zaken anders gaan inrichten, waaronder het werkrooster. De wijziging brengt met zich mee dat de werknemers voortaan in een twee ploegendienst gaan werken. Tevens zullen de werknemers op zaterdag langer ingeroosterd worden. Cliënt is voornemens de roosterwijziging op 1 januari 2012 in te laten gaan. De OR heeft ingestemd met het besluit om de roosterwijziging door te voeren. De werknemers zijn niet te spreken over de voorgenomen wijziging.

Valt de wijziging van het werkrooster aan te merken als een wijziging van een arbeidsvoorwaarde? De kantonrechter Zaandam oordeelde in 2006 dat de wijziging van een werkrooster niet als een wijziging van een arbeidsvoorwaarde kon worden gezien. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever bij de invoering van het nieuwe rooster wel als goed werkgever behoorde te handelen. De kantonrechter Maastricht oordeelde in 2009 echter dat wijziging van een werkrooster wel moet worden beschouwd als een wijziging van arbeidsvoorwaarden.

De meest gunstige situatie voor cliënt doet zich voor indien de werknemers allen instemmen met de wijziging van het werkrooster. Cliënt dient er rekening mee te houden dat bij een eventueel geschil, (de werknemer weigert bijvoorbeeld pertinent om conform het nieuwe werkrooster te gaan werken) het gewijzigde rooster zal worden getoetst op redelijkheid door een rechter. Er zijn dan drie situaties te onderscheiden, waarvan optie 2 weer twee deelopties heeft:

1. De eerste optie zou zijn dat de wijziging door de rechter niet wordt gezien als een wijziging van een arbeidsvoorwaarde.[82] Dit zou voor cliënt (op instemming van de

[82] Zie bijvoorbeeld kantonrechter Zaandam 16 november 2006, *JAR* 2006/296.

werknemers na) de meest gunstige optie zijn. De werkgever dient bij de wijziging van het rooster dan wel als een goed werkgever te handelen.

2. De tweede optie zou zijn dat de rechter oordeelt dat er sprake is van een wijziging van een arbeidsvoorwaarde met een individueel karakter (er stemt bijvoorbeeld maar één werknemer niet in met de wijziging[83]).

A. In het geval de werkgever een eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW is overeengekomen, behoudt hij zich het recht voor om eenzijdig een wijziging van de arbeidsvoorwaarde door te voeren. De wijziging wordt getoetst aan de hand van art. 7:613 BW. Om gebruik te mogen maken van de bevoegdheid ex art. 7:613 BW zal hij aan moeten tonen dat hij bij de wijziging een zwaarwichtig belang heeft, waarvoor het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

De werkgever kan er in dit geval ook voor kiezen om zich niet te beroepen op het wijzigingsbeding en te laten toetsen aan het toetsingscriterium van art. 7:611 BW.

B. Stel dat de werkgever geen wijzigingbeding is overeengekomen. De situatie kan zich dan voordoen dat het personeel op één werknemer na instemt met het gewijzigde werkrooster. De rechter kan dan oordelen dat het een individuele eenzijdige wijziging betreft en toetsten aan de hand van art. 7:611 BW.

2. De rechter oordeelt dat er sprake is van wijziging van een arbeidsvoorwaarde met een collectief karakter:

Indien cliënt met zijn werknemers een beding ex art. 7:613 BW is overeengekomen, zal de rechter toetsen aan de hand van bijbehorend toetsingscriterium. In het geval er geen beding ex art. 7:613 BW is overeengekomen, wordt de wijziging getoetst aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW. In dit geval dient de werkgever aan te tonen dat ongewijzigde instandhouding van het oude werkrooster naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit is de zwaarste toets om te doorstaan en dus voor cliënt de minst gunstige situatie.

In bovengenoemde opties is de mogelijkheid van art. 6:258 BW en die van het wijzigingsontslag niet besproken. Een beroep op art. 6:258 BW zou geen kans van slagen hebben aangezien er geen sprake is van onvoorziene omstandigheden. Ook het gebruik maken van een wijzigingsontslag lijkt mij geen verstandige keuze. Cliënt zou dan moeten aantonen dat er enkele arbeidsplaatsen (gedeeltelijk) komen te vervallen. Aangezien de voorgenomen roosterwijziging juist een grotere bezetting vereist, lijkt mij dit onmogelijk.

Aangezien cliënt instemming van de OR heeft over de roosterwijziging is het aannemelijk dat hij een zwaarwegend belang bij de wijziging heeft. Daarnaast staat het de werkgever mijns inziens vrij om zijn organisatie zodanig vorm te geven, dat hij voldoende concurrerend kan optreden. Hij dient dan nog aan te tonen dat het belang van de werknemer dat door de wijziging wordt geschaad, daarvoor naar redelijkheid en billijkheid moet wijken. De wijziging vraagt geen financiële offers van de werknemers, ook zijn de nieuwe werktijden niet onredelijk te noemen.

Bij de toets van art. 7:611 BW zal het toetsingscriterium van Stoof/Mammoet worden gehanteerd. Er moet dan sprake zijn van gewijzigde omstandigheden die nopen tot het wijzigen van de overeenkomst. Dit zou aangetoond kunnen worden door documenten te

[83] Ktr. Heerlen 28 mei 2009, *LJN* BI8757.

overleggen waaruit bijvoorbeeld blijkt dat cliënt met het huidige werkrooster niet voldoet aan de wensen van de markt. Ten tweede dient cliënt een redelijk voorstel aan zijn werknemer(s) te hebben gedaan. Aangezien cliënt in casu enkel aan zijn werknemers heeft medegedeeld dat het werkrooster wordt gewijzigd, is het discutabel of dit als een (redelijk) voorstel wordt gezien. Ten slotte moet worden bezien of het voorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd. Zoals hierboven reeds gesteld, brengt de roosterwijziging geen directe financiële gevolgen met zich mee. Ik zie niet in dat aanvaarding van het voorstel niet in redelijkheid van de werknemer(s) kan worden gevergd. Het risico bij toepassing van art. 7:611 BW zit hem in het al dan niet gedane redelijke voorstel.

Toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW brengt met zich mee dat cliënt aan dient te tonen dat ongewijzigde instandhouding van het oude werkrooster naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Mocht het overgrote gedeelte van de werknemers instemmen met het gewijzigde rooster, is het mijns inziens echter mogelijk dat de wijziging de toets van art. 6:248 lid 2 BW doorstaat. Men zou kunnen stellen dat het voor de werkgever onaanvaardbaar is om twee werkroosters te hanteren en zo onderscheid te maken tussen werknemers die wel- en die niet instemmen met het werkrooster. Dit is roostertechnisch en organisatorisch gezien ook (zacht uitgedrukt) onpraktisch.

Literatuurlijst

- **Geraadpleegde literatuur**

Van der Grinten 2011
W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer 2011.

Jacobs 2005
A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht,* Deventer: Kluwer 2005

- **Geraadpleegde tijdschriftartikelen**

Beltzer 2011
R.M. Beltzer, 'De kenbaarheid van het eenzijdigewijzigingsbeding', *TRA* 2011, p. 89

De Wolff 2011
D.J.B. de Wolff, 'Drie jaar wijziging van individuele arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2011, p. 78

Heerma van Voss 2011
G.J.J. Heerma van Voss, 'De dynamiek van het goed werkgeverschap', *TRA* 2011, p. 77

De Laat 2011
J.J.M. de Laat, 'Het eenzijdige wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst: de kluwen verder afgewikkeld', *Arbeidsrecht* 2011, p. 38.

Buijs 2011
D.J. Buijs, 'Goed werkgeverschap. Kennelijk onredelijk ontslag. Ontslagvergunning', *TRA* 2011, p. 27.

Gundt
N. Gundt, 'De Hoge Raad en het wijzigingsontslag', *ArA* 2011 (10) p.3

De Wolff 2011
D.J.B. de Wolff, 'HR legitimeert wijzigingsontslag', *Arbeidsrecht* 2011, p. 3.

Loonstra 2011
C.J. Loonstra, 'Het wijzigingsontslag', *Dossier Arbeid en Recht* 2011, special maart.

Bij de Vaate 2011
D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van artikel 6 EVRM', *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2011 p. (10) 2.

Van Zanten-Baris 2011
A. van Zanten-Baris, 'Is een "wijzigingsontslag" kennelijk onredelijk? Geen kennelijk onredelijk ontslag wegens omzeiling van de "Taxi Hofman"-jurisprudentie', *JAR Geannoteerd* 2011 p.20.

Gundt 2009
N. Gundt, 'Art. 7:613 BW als rechtsgrondslag voor wijziging van (kern)arbeidsvoorwaarden?', *TRA* 2009, p. maart.

Beltzer 2008
R.M. Beltzer, 'Wijzigingen van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward', *Tijdschrift voor de arbeidsrechtpraktijk* 2008.

Van Slooten 2008
J.M. van Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht', *ArA* 2008, p. 3.

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

Beltzer
R.M. Beltzer, “De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248” , *Arbeid Integraal* 2004, p. 31-36.

Van Minnen & Zondag 2002
P.S. van Minnen, W.A. Zondag, 'Ontslagvergunning onder ontbindende voorwaarde', ArA 2002 p. 3.

- **Geraadpleegde jurisprudentie**

Hoge Raad

- HR 19 november 1949, NJ 1949, 86
- HR 3 mei 1991, *NJ* 705 (Van der Hop/Muskens)
- HR 26 juni 1998, NJ 1998/767 (Van der Lely/Taxi Hofman)
- HR 11 juli 2008, LJN: BD1847 (Stoof/Mammoet)
- HR 25 februari 2000, JAR 2000/85 (FNV/Frans Maas)
- HR 12 februari 2010, JAR 2010/71 (Van Beek/CZ)
- HR 12 februari 2010, LJN BK4472 (Rutten/Breed)
- HR 24 december 2010, LJN: BO2420 (Woonzorg)
- HR 24 december 2010, LJN: BO2419 (Woonzorg)
- HR 18 maart 2011, JAR 2011/108 (Monsieur/Wegener)

Gerechtshoven

- Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2001, JAR 2003/128
- Hof Amsterdam 13 januari 2009, RAR 2009/99
- Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2009, LJN BH0699
- Hof Arnhem 3 maart 2009, JIN 2009/394
- Hof Amsterdam 21 april 2009, LJN BJ2737
- Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, LJN: BK0506
- Hof Arnhem 8 september 2009, LJN: BL1049
- Hof Amsterdam 20 oktober 2009, JAR 2009/282
- Hof 's-Gravenhage 26 januari 2010, LJN: BL9173

- Hof Amsterdam 27 juli 2010, LJN BN9262
- Hof Arnhem 31 augustus 2010, LJN BN5568
- Hof Amsterdam 28 september 2010, JAR 2010/270
- Hof 's-Gravenhage 19 oktober 2010, LJN BO6550

Rechtbanken

- Rb. 's-Hertogenbosch 8 januari 1999, JAR 1999/41

Rechtanken, sector kanton

- Kantonrechter 23 maart 1995, JAR 1995/89
- Kantonrechter Den Haag 23 mei 2001, LJN AB2584
- Kantonrechter Zutphen 25 februari 2003, JAR 2003/100
- Rb. Rotterdam (voorzieningenrechter) 28 oktober 2004, JAR 2005/73
- Kantonrechter Maastricht 29 maart 2005, JAR 2005/105
- Kantonrechter 1 juni 2005, JAR 2005/158
- Kantonrechter Groningen 27 juli 2005, JAR 2005/196
- Kantonrechter Assen 19 december 2005, JAR 2006/36
- Kantonrechter Eindhoven 20 december 2005, JAR 2006/38
- Kantonrechter Utrecht 8 maart 2006, JAR 2006/79
- Kantonrechter Zwolle 13 juni 2006, LJN: AX8733
- Kantonrechter Utrecht 28 juni 2006, JAR 2006/234
- Kantonrechter Nijmegen 30 juni 2006. JAR 2006/181
- Kantonrechter Utrecht 25 oktober 2006, JAR 2006/294
- Kantonrechter Zaandam 16 november 2006, JAR 2006/296
- Kantonrechter 's-Gravenhage, 5 december 2007, JAR 2008/1
- Kantonrechter Amsterdam 4 maart 2008, JAR 2008/299
- Kantonrechter Haarlem 10 maart 2008, JAR 2008/98
- Kantonrechter Apeldoorn 16 april 2008, JAR 2010/24
- Kantonrechter Arnhem 28 april 2008, LJN BD5244
- Kantonrechter Terneuzen 23 juli 2008, JAR 2009/8
- Kantonrechter Dordrecht 11 september 2008, LJN BF1354

- Kantonrechter Deventer 8 januari 2009, LJN BG9482
- Kantonrechter Alkmaar 24 maart 2009, LJN BH8355
- Kantonrechter Haarlem 27 maart 2009. LJN BI1029
- Kantonrechter Utrecht 13 mei 2009, LJN BI3516
- Kantonrechter Almelo 14 mei 20009, LJN BI5189
- Kantonrechter Amersfoort 20 mei 2009, LJN BI4765
- Kantonrechter Heerlen 28 mei 2009, LJN BI8757
- Kantonrechter Utrecht 3 juni 2009, JAR 2009/243
- Rb. Dordrecht (voorzieningenrechter) 9 juli 2009, LJN BJ2066
- Kantonrechter Nijmegen 24 september 2009, LJN BK3290
- Kantonrechter Amsterdam 7 oktober 2009, JAR 2009/261
- Kantonrechter Utrecht 9 oktober 2009, JAR 2009/264
- Kantonrechter Den Helder 29 oktober 2009, LJN BK7945
- Kantonrechter Alkmaar 29 oktober 2009, LJN BK7946
- Kantonrechter Rotterdam 13 november 2009, LJN BK4966
- Kantonrechter Sittard 3 maart 2010, JAR 2010/137
- Kantonrechter Groningen 10 juni 2010, JAR 2011/47
- Kantonrechter 14 juni 2010, LJN BM8174
- Kantonrechter Groningen 27 juli 2010, LJN BN3547
- Kantonrechter Utrecht 2 februari 2011, LJN BP2283
- Kantonrechter Enschede 10 maart 2011, LJN BP7566
- Kantonrechter Utrecht 23 maart 2011, JAR 2011/125
- Kantonrechter Amsterdam 24 maart 2011, JAR 2011/140
- Kantonrechter Utrecht 27 april 2011, LJN BQ3288
- Kantonrechter Breda 28 april 2011, LJN BQ3914
- Kantonrechter Groningen 12 mei 2011, LJN BQ5383
- Kantonrechter 's-Gravenhage 17 mei 2011, JAR 2011/164
- Kantonrechter Utrecht 13 juli 2011, JAR 2011/218
- Kantonrechter Amsterdam 18 augustus 2011, JAR 2011/300

- Kantonrechter Alkmaar 19 september 2011, LJN BT7133

- **Geraadpleegde rechtsbronnen**

Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, P.F. van der Heijden, J.M. Slooten, E. Verhulp, zesde druk

Burgerlijk Wetboek, Boek 7

Burgerlijk Wetboek, Boek 6

Wet op de ondernemingsraden

Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945

Ontslagbesluit

- **Geraadpleegde publicaties**

Kamerstukken II,24615, Wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, Memorie van toelichting, vergaderjaar 1995-1996

- **Geraadpleegde handboeken**

Ontslagprocedure UWV Werkbedrijf
Beleidsregels en regelgeving

Bijlagen

Reactie van het UWV

Geachte heer Terhaag, beste Ivo,

Goed om de vraagstelling toch even op papier te krijgen.

Na intern overleg is onze reactie als volgt.

UWV toetst in beginsel niet aan ‘wijzigingsontslag’, zoals de HR dit noemt. Er is ook geen uitvoeringsbeleid op geformuleerd. Het BBA 1945 en het Ontslagbesluit zien niet op dit specifieke fenomeen. UWV toetst het structureel verval van arbeidsplaatsen – ‘alles of niets’ dus eigenlijk.

Wel geeft Hoofdstuk 21 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (BOU) het toetsingskader voor enkele bijzondere ‘deeltijdontslag’ situaties.

UWV kan een ‘deeltijdontslag’ aanvraag onder omstandigheden toestaan, maar dan met de ‘premisse’ dat de werkgever na de rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsverhouding een aansluitend nieuw dienstverband aanbiedt, zij het voor een beperkt aantal uren per week.

Het gaat daarbij om een (vorm van) urenvermindering binnen de bestaande arbeidsverhouding, met verder pro rata gelijkblijvende arbeidsvoorwaarden. Door wegvallen van een deel van de werkzaamheden kan het immers ‘redelijk’ zijn dat de arbeidsovereenkomst naar zijn urenomvang ook structureel ‘past’ bij de dan nog beschikbare overgebleven (omvang aan) werkzaamheden. Dit is ook mogelijk als het om slechts één arbeidsplaats gaat.

Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat bepaalde werkzaamheden in het bedrijf in omvang afnemen, maar er toch werk overblijft dat echter praktisch of technisch gezien niet door één werknemer alleen kan worden uitgevoerd. Het ‘kan dan echt niet anders’ dat bijvoorbeeld minimaal twee werknemers als team moeten samenwerken om de klus te klaren. Zie de voorbeelden zoals genoemd in Hoofdstuk 21 van de BOU.

Woonzorg-arrest Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in het Woonzorg-arrest geoordeeld dat de toenmalige CWI binnen de regels van het BBA en het Ontslagbesluit is gebleven bij de verlening van een ontslagvergunning voor een beheerder van een woorzorgcentrum. In onze ogen was er in wezen niet zozeer sprake van een wijzigingsontslag maar van verval van een deel van de arbeidsplaats omdat de oproepdienst-uren waren weggevallen. We noemen dit ook wel deeltijdontslag.

In die bewuste ontslagvergunning was de premisse (vóóronderstelling) opgenomen dat de werkgever de werknemer aansluitend aan de opzegtermijn een dienstverband zou aanbieden voor 36 uren per week onder overigens gelijke arbeidsvoorwaarden. De werkgever had dit aanbod in de ontslagaanvraag gedaan. Overigens zou zonder dit aanbod van de werkgever geen ontslagvergunning zijn verleend omdat de arbeidsplaats voor de resterende 36 uren per week als zodanig niet kwam te vervallen.

De premisse heeft niet hetzelfde rechtsgevolg als de wederindiensttredingsvoorwaarde. Bij overtreding van de voorwaarde wordt de ontslagvergunning geacht niet te zijn verleend en kan de werknemer dus de vernietigbaarheid van de opzegging inroepen. Bij overtreding van de premisse echter blijft de ontslagvergunning in stand en is de daarop gebaseerde opzegging rechtsgeldig. Wel heeft de werknemer daarmee een duidelijk (schriftelijk) handvat om de werkgever aan zijn aanbod te houden dan wel een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag te starten.

Op basis van art. 4:1 van het Ontslagbesluit zijn we van mening dat UWV een ontslagvergunning om bedrijfseconomische/organisatorische redenen slechts kan verlenen als aannemelijk is gemaakt dat de arbeidsplaats (ten minste gedeeltelijk) komt te vervallen. Als de werkgever slechts de arbeidsvoorwaarden wil wijzigen (wijzigingsontslag), vervalt in deze visie de arbeidsplaats niet en kan geen ontslagvergunning worden verleend.

De commentaren hebben dit naar ons oordeel te veel opgevat als zou UWV nu 'om zijn', en materieel ook 'wijzigingsontslag' kunnen beoordelen.

Zo meent mr. De Wolff in haar artikel in Arbeidsrecht 2011 nr 14 dat UWV nu ook (eenzijdige) vermindering van de materiële arbeidsvoorwaarden op redelijkheid zou kunnen/mogen beoordelen. Dit is echter expliciet niet de bedoeling en structuur van de UWV procedure.

UWV zal de uitvoeringsregels hierop ook niet heroverwegen. (Zie weer Hoofdstuk 21 van de BOU 2010 en de daarin genoemde praktijkvoorbeelden).

Hiermee vertrouw ik de vraagstelling naar behoren te hebben beantwoord.

Voor aanvullende toelichting houd ik mij beschikbaar.

Met vriendelijke groet, en succes met de verdere uitwerking van de scriptie,

Mr. M.D. van Daal

UWV WERKbedrijf

Arbeidsjuridische dienstverlening Zoetermeer

079-7502872