

Masterscriptie Bert van den Boom

De wijzigingsmogelijkheden van het arbeidsrecht breder beschouwd



Naam: Bert van den Boom
ANR: 735845
Opleiding: Master Rechtsgeleerdheid accent Arbeidsrecht
Datum: 21 oktober 2013
Begeleider: Mr. dr. J. van Drongelen
Instelling: Tilburg University

Voorwoord

Geachte lezer,

Na een studententijd die aanving in september 2005 te Nijmegen, schrijf ik dit voorwoord in oktober 2013 te Rotterdam. Het duurde te lang voor ik mijn eerste studie geschiedenis vaarwel zei en me op de rechtsgeleerdheid wierp. Dat deze studie me beter lag blijkt uit zowel de studievoortgang als de vele juridische nevenactiviteiten die ik inmiddels heb verricht. Tijd om de praktijk in te stappen, iets waar ik nu aan proef als student-stagiair bij Houthoff Buruma.

Om het begin met het eind te verenigen vindt u in mijn inleiding enkele verwijzingen naar mijn eerste studie, inclusief de prachtig geïllustreerde boeken. Een frivoliteit die u mij hopelijk vergeeft. Verder vindt u een, naar mijn mening, interessante bespreking van wijzigingen in het arbeidsrecht.

Een voorwoord is niet compleet zonder enige woorden van dank.

Mr. dr. J. van Drongelen wil ik bedanken voor zijn begeleiding. Nadat ik mijn eerste hoofdstuk in een te breed concept inleverde stuurde hij me snel bij, waardoor ik daarna met een concreter doel deze scriptie relatief snel kon afronden. Ook het vertrouwen dat hij uitsprak in onze twee besprekingen gaf me de motivatie om me op dit onderwerp te gooien. De individuele werkwijze die hier uit volgde heeft er des te meer voor gezorgd dat deze scriptie als mijn eigen afsluiting van mijn studie voelt.

Daarnaast wil ik Marijn en Paul bedanken voor de feedback die zij op de spelling en structuur van het stuk gaven. Fouten die u in deze scriptie nog opmerkt komen door latere revisie of verschuivingen.

Grote dank gaat uit naar mijn ouders. Het is ook voor hen een lange studententijd geweest, niet altijd even prettig met nog drie andere (studerende) kinderen. Het is niet in woorden uit te drukken hoeveel het waard is om te weten dat jullie altijd voor me klaar staan.

En ten slotte wil ik Emilie Sparreboom bedanken voor het feit dat ze al deze tijd mijn vriendin is.

Ik wens u veel plezier met het lezen van mijn scriptie.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Inhoudsopgave	3
Lijst van afkortingen	5
Hoofdstuk 1: Inleiding	6
1.1 Inleidende woorden	6
1.2 Doelstelling:.....	7
1.3 Onderzoeksvraag:.....	7
1.4 Plan van aanpak.....	7
Hoofdstuk 2: Wijzigen van overeenkomsten in het verbintenissenrecht.....	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Introductie overeenkomsten.....	9
2.3 Redelijkheid en billijkheid.....	10
2.3.1 Betekenis redelijkheid en billijkheid.....	10
2.3.2 Aanvullende werking.....	11
2.3.3 Beperkende of derogerende werking	12
2.3.4 Imprévision.....	12
2.4 Eenzijdig wijzigen van overeenkomsten	14
2.5 Conclusie	16
Hoofdstuk 3: Het wijzigen van arbeidsovereenkomsten	18
3.1 Inleiding.....	18
3.2 Karakterisering arbeidsovereenkomsten	18
3.2.1 Arbeidsvoorwaarden	19
3.3 Wijzigen van de arbeidsovereenkomst is een belangenafweging	20
3.3.1 Eenzijdig wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW.....	20
3.3.2 Het goed werknemerschap van artikel 7:611 BW.....	23
3.3.2.1 Taxi Hofman.....	23
3.3.2.2 Stoof/Mammoet.....	25
3.3.3 Belangenafweging	26
3.3.4 Verdeling tussen de artikelen 7:613 BW, 7:611 BW en 6:248 lid 2 BW	28
3.3.4.1 Individueel - collectief	29

3.3.4.2	Artikel 6:248 lid 2 BW	30
3.6	Conclusie	30
	Hoofdstuk 4: Verschillen in wijzigingsopties breder beschouwd	32
4.1	Inleiding	32
4.2	Afwijkingen in arbeidsrechtelijke wijzigingsbevoegdheden	32
4.2.1	Opzeggingsvrijheid	32
4.2.2	Contractvrijheid	32
4.2.3	Momentopname	33
4.2.4	Coöperatieve instelling	33
4.2.5	Wijzigingsinstrumenten	34
4.3	De institutionele theorie	35
4.4	Relational Contract Theory	38
4.5	Meer recht aan de kritieken van de institutionele en relationele theorieën door middel van tijdelijke wijziging van arbeidsvoorwaarden?	40
4.6	Toetsing van vergelijking aan uitspraken	41
4.7	Conclusie	42
	Hoofdstuk 5: Conclusie en aanbeveling	45
	Aangehaalde literatuur	49
	Boeken	49
	Artikelen	51
	Parlementaire geschiedenis	53
	Jurisprudentie	53
	Hoge Raad	53
	Gerechtshof	53
	Kantongerecht	53

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
art.	artikel/artikelen
Atw	Arbeidstijdenwet
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO('s)	collectieve arbeidsovereenkomst(en)
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
jo	juncto/in verband met
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
Ktg.	Kantongerecht
Ktr.	Kantonrechter
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht. Praktisch bewerkt
Rb.	Rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SR	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TAP	Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
Vzr.	Voorzieningenrechter
Waa/WAA	Wet aanpassing arbeidsduur
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WOR	Wet op de ondernemingsraden

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Inleidende woorden

“Verlofdagen waar een streep door gaat, langer doorwerken terwijl toeslagen opeens worden afgeschaft, tijdelijk inleveren van loon: werkgevers hakken steeds vaker zomaar in arbeidsvoorwaarden. Werkgevers lijken te denken: ‘laten we gebruik maken van de crisis om de arbeidsvoorwaarden te versoberen’. Het begint een beetje Wild West te worden,”¹ Piet Fortuin, vicevoorzitter CNV.

Laatste jaren is in de arbeidsmarkt een grotere roep om flexibiliteit waar te nemen.² Dit resulteert mede in een grotere wens onder werkgevers om arbeidsvoorwaarden aan te passen. Maar kan dat wel zomaar?

Een overeenkomst is een afspraak waarbij partijen zich tot iets verbinden.³ Bij het merendeel van deze overeenkomsten wordt de gemaakte afspraak nagekomen. De Romeinen zeiden al: *“Pacta sunt servanda.”* Maar dit gebeurt niet altijd. Hierbij kan men denken aan onwil, overmacht of miscommunicatie. Een oplossing voor een overeenkomst waar partijen niet langer aan willen voldoen is het wijzigen van de overeenkomst, zodat deze weer aan de belangen van de partijen antwoordt. Voor een treffende beschrijving van wat voor partijen het voordeel is om een eenzijdige wijziging door te kunnen voeren citeer ik Tjittes:

“Vooral bij overeenkomsten die lange tijd duren en de omstandigheden zich binnen die duur kunnen wijzigen, kan behoefte bestaan aan wijziging van het contract (met inachtneming van de aanvankelijke economische risicoverdeling). Als wijziging van het contract niet mogelijk is, hoewel daar in redelijkheid een goede reden voor is maar de wederpartij dat weigert, zal de benadeelde partij zich gaan onttrekken aan naleving van het contract. De benadeelde partij zal naarstig speuren naar tekortkomingen in de uitvoering, schending van garanties of niet-nakoming van mededelingen of mededelingsplichten bij het aangaan van het contract, alles om een stok te vinden om het contract te ontbinden of te vernietigen. De verhouding tussen partijen zal danig verstoren en partijen zullen een ‘end game’ spelen: de ene partij wil zo snel mogelijk tegen zo min mogelijke kosten van het contract af, de andere partij zal er nog zo veel mogelijk geld uit willen slepen. De juridische gehoudenheid van een contractspartij om op een redelijk wijzigingsvoorstel van de wederpartij in te gaan en aldus te komen tot een aanpassing van het (duur)contract, kan economisch voordelig zijn voor beide partijen (en een hoop interne en externe juridische kosten schelen).”⁴

Het arbeidsrecht kenmerkt zich door de dwingendrechtelijke bepalingen waaraan zowel de werknemer als de werkgever zich niet kunnen onttrekken. Deze bepalingen pogen de ongelijke positie die werkgever en werknemer hebben gelijk te trekken. Het arbeidsrecht is onlosmakelijk verbonden met, hoe kan het ook anders, arbeiders. Door het ontstaan van een landloze massa, ook

¹ Van Bergen 2013, http://www.telegraaf.nl/mijnbedrijf/21292160/__CNV_opent_crisismeldpunt__.html.

² Dit is onder andere terug te lezen in het rapport van het Centraal Planbureau genaamd “Labour Market Flexibility in the Netherlands; The role of contracts and self-employment”. van F. Corvers, R. Euwals, A. de Grip 2011.

³ Van Dale 2012 (zoek op *overeenkomst*).

⁴ R.J.P.L. Tjittes, Spoediger wijziging van commerciële duurcontracten, *Contracteren* 2012/3, p. 95.

proletariaat genoemd, ontstond een groep mensen die niet anders kon dan zich te schikken naar de eisen van de werkgevers.⁵ Deze arbeiders waren voor hun dagelijkse inkomen afhankelijk van hun werkgevers, waardoor ze niet of nauwelijks gebruik konden maken van hun contractvrijheid. Het valt moeilijk te bepalen op welk punt in de geschiedenis we mogen spreken van sociale wetgeving in Nederland. Ligt het beginpunt daarvan bij het Kinderwetje van het liberale Kamerlid Samuel van Houten, waarmee in 1874 fabrieksarbeid van kinderen beneden de twaalf jaar verboden werd⁶, of bij de intrekking van het coalitieverbod in 1872, wat vakbonden verbood te staken⁷? Het is in ieder geval duidelijk dat de wetgever al sinds de negentiende eeuw oog heeft voor de ongelijke positie van werknemers. Dit leidde tot de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst.⁸ In tegenstelling tot het algemene verbintenissenrecht zijn werkgever en werknemer dus aan meer regels gebonden in hetgeen zij afspreken in de arbeidsovereenkomst. Dit is ook een reden waarom in tijden van economische tegenwind vaak een roep om flexibiliteit te horen is.

Terwijl het arbeidsrecht als rigide wordt gepresenteerd, vinden juist in dit rechtsgebied meer wijzigingen plaats dan in het algemene contractenrecht. Onderzocht gaat worden wat dit verschil veroorzaakt en in hoeverre dit recht doet aan de verschillen tussen de rechtsstelsels.

1.2 Doelstelling:

Het doel van dit onderzoek is de verschillen van de beide wijzigingsdoctrines te beschrijven, en deze te verklaren. Daarna wil ik deze verschillen in het perspectief van beschouwende theorieën plaatsen, de institutionele theorie en de Relational Contract Theory, om ze te kunnen beoordelen en een waardering te kunnen geven.

1.3 Onderzoeksvraag:

Welke verschillen kennen de arbeidsrechtelijke wijzigingsdoctrines ten opzichte van de wijzigingsmogelijkheden in het algemeen verbintenissenrecht, hoe worden deze verschillen verklaard, en doen de verschillen in de doctrines voldoende recht aan de verschillen tussen algemene overeenkomsten en arbeidsovereenkomsten?

1.4 Plan van aanpak

In hoofdstuk twee beschrijf ik kort de werking van overeenkomsten in het algemeen verbintenissenrecht aan de hand van de wet en de jurisprudentie. Ik beschrijf de werking van de redelijkheid en billijkheid en bespreek de manier waarop in Nederland wordt omgegaan met *imprévision*, de wijzigingsmogelijkheid waarbij een partij bij de rechter om aanpassing van een overeenkomst kan vragen. Daarna ga ik in op de overige manieren die er bestaan om een eenzijdige wijziging te kunnen realiseren. Aangezien het arbeidsrecht een uitzondering is op het algemene verbintenissenrecht werkt dit verbintenissenrecht door in het arbeidsrecht.

Hoofdstuk drie staat in het teken van wijzigingen in het arbeidsrecht. Eerst karakteriseer ik de arbeidsovereenkomst en beschrijf ik de belangrijkste verschillen met de algemene overeenkomst.

⁵ McKay, Hill & Buckler 2006, p. 636.

⁶ Rietbergen 2007, p. 148. Tevens: Blom & Lamberts, 2006, p. 325.

⁷ Jacobs 2013, p. 3.

⁸ Wet van 13 juli 1907, Stb. 193.

Masterscriptie Bert van den Boom:

De wijzigingsmogelijkheden van het arbeidsrecht breder beschouwd

Hierna bespreek ik het eenzijdig wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW, wat in de arbeidsovereenkomst kan worden opgenomen. Daarna volgen de wijzigingsmogelijkheden wanneer werkgever en werknemer zo'n beding zijn overeengekomen. Ten slotte bespreek ik de verhouding tussen de wijzigingsmogelijkheden en de discussie die hierover bestaat in de literatuur.

Het vierde hoofdstuk brengt de twee voorgaande bijeen. Ik zal de wijzigingsmogelijkheden in het algemeen verbintennisrecht en die in het arbeidsrecht met elkaar vergelijken en dit proberen te verklaren. Hierbij haal ik twee theoretische denkwijzen aan. De institutionele theorie, waarbij de arbeidsovereenkomst wordt gezien als 'toegangspas' waarna de werknemer deel uit begint te maken van een groter organisatorisch geheel en zodoende dus vanuit die hoedanigheid een mate van flexibiliteit moet kunnen vertonen. En daarna de Relational Contract Theory, een meer sociologische benadering van overeenkomsten en verhoudingen tussen partijen, waarbij minder oog moet zijn voor de overeenkomst en meer voor het doel van die overeenkomst. Door de verschillen in overeenkomsten en wijzigingsdoctrines met elkaar te vergelijken in het licht van deze twee theorieën wil ik kunnen beoordelen of zij voldoende recht doen aan het onderscheid wat tussen de overeenkomsten bestaat.

In hoofdstuk vijf sluit ik mijn onderzoek af met een conclusie, een aanbeveling en een nawoord.

Hoofdstuk 2: Wijzigen van overeenkomsten in het verbintenissenrecht

2.1 Inleiding

In dit eerste hoofdstuk worden de mogelijkheden tot een eenzijdige wijziging in het algemeen verbintenissenrecht beschreven. Om dit op een opbouwende wijze te doen zal de lezer stapsgewijs meegenomen worden via een introductie in het overeenkomstenrecht. Hierbij wordt stilgestaan bij het ontstaan van overeenkomsten en het onderscheid tussen eenmalige overeenkomsten en duurovereenkomsten. Daarna worden redelijkheid en billijkheid uitgelegd, en hun invloed op overeenkomsten. Ten slotte worden de mogelijkheden tot eenzijdig wijzigen weergegeven, zoals zij gegeven worden door de wet en hoe zij door de rechtspraak worden ingevuld.

2.2 Introductie overeenkomsten

De overeenkomst wordt beschreven in artikel 6:213 BW: *“Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerszijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan.”* Reurich⁹ geeft een beschrijving die meer gericht is op de gevolgen van de overeenkomst: *“Het contract markeert de overgang van vrijheid naar gebondenheid. Tot aan het moment van contractsluiting is een ieder vrij om te contracteren – met wie men wil en met welke inhoud men wil. Met de contractsluiting slaat deze vrijheid om in (contractuele) gebondenheid.”* Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.¹⁰ Het verrichten van rechtshandelingen kent grenzen, bijvoorbeeld wanneer een discrepantie tussen de wil en de verklaring bestaat.¹¹ Artikel 6:217 BW geeft aan dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Een aanbod moet hierbij gezien worden als *“een aan de wederpartij gedaan voorstel tot het aangaan van een overeenkomst, welk voorstel zodanig is bepaald dat door de aanvaarding daarvan onmiddellijk een overeenkomst ontstaat.”*¹² Met het in elkaar grijpen van aanbod en aanvaarding ontstaat wilsovereenstemming tussen partijen.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten die voorbijgaande, en overeenkomsten die voortdurende verbintenissen in het leven roepen.¹³ Een eenvoudig voorbeeld van een overeenkomst die voorbijgaande verbintenissen in het leven roepen is de koopovereenkomst: een partij betaalt de

⁹ Reurich 2005, p. 56.

¹⁰ Artikel 3:33 BW (wilsovereenstemming).

¹¹ Deze kan ontstaan bij het aangaan van een rechtshandeling door een onbekwame (3:32 tweede lid BW), een geestelijk gestoorde (3:34 BW), wanneer de rechtshandeling is verricht onder bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (3:44 BW), of in strijd is met de goede zeden (3:49 e.v. BW). Maar er kan ook sprake zijn van een verspreking of verschrijving, of een oud concept van de overeenkomst kan worden ondertekend. Voor dit onderzoek wordt de bekwaamheid van partijen echter gewoon verondersteld.

¹² Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 133.

¹³ Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 65.

koopprijs en een andere partij levert de verkochte zaak. Hierna zijn de verbintenissen “voorbij”. Hammerstein en Vranken beschrijven de eenmalige overeenkomst als volgt: *“Het algemeen gedeelte van het overeenkomstenrecht is gericht op eenmaligheid, dat wil zeggen op overeenkomsten krachtens welke iedere partij slechts eenmalig hoeft te presteren, zodat met het over en weer verrichten van de prestatie de overeenkomst in beginsel is uitgewerkt.”*¹⁴

De voortdurende verbintenissen gaan echter niet voorbij. Tussen partijen ontstaat een rechtsverhouding die als een voortdurende toestand kan worden gekarakteriseerd.¹⁵ Voorbeelden hiervan zijn de huurovereenkomst, de maatschap, de hypotheek, de verzekering, en natuurlijk de arbeidsovereenkomst. De verdeling in twee categorieën van eenmalige overeenkomsten en duurovereenkomsten geschiedt met het oog op de hoofdverplichtingen. Is de hoofdverplichting eenmalig (zoals levering bij een koopovereenkomst), dan wordt gesproken van een eenmalige overeenkomst, ondanks de plichten die na het uitvoeren blijven bestaan (in dit voorbeeld kan dat conformiteit in de zin van artikel 7:23 BW zijn). Dit onderscheid is vooral van belang voor de opzegging van de overeenkomst en voor de ontbinding op grond van wanprestatie.¹⁶ Hammerstein en Vranken¹⁷ geven de volgende omschrijving van duurovereenkomsten: *“Het belangrijkste kenmerk van een duurovereenkomst is dat er een rechtsverhouding bestaat waarbij partijen zich hebben verbonden gedurende een bepaalde of onbepaalde tijd over en weer een of meer (-) prestaties te verrichten.”* Zij melden hierbij dat deze prestaties voortdurend, telkens terugkerend of opeenvolgend moeten zijn.

Het doel van een overeenkomst is het scheppen van een nieuwe situatie, waarin verplichtingen over en weer worden aanvaard. Wat partijen binnen een overeenkomst afspreken ‘strekt de partijen tot wet’¹⁸. Het ontstaan van de wilsovereenstemming is vereist voor het ontstaan van de overeenkomst. In dit onderzoek is van belang wat de mogelijkheden zijn wanneer de wilsovereenstemming ná het sluiten van de overeenkomst wijzigt, en de overeenkomst dus niet meer aansluit op de wil van de partijen.

2.3 Redelijkheid en billijkheid

2.3.1 Betekenis redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid geven een dwingende gedragsnorm, die primair tot partijen is gericht.¹⁹ Artikel 6:2 lid 1 BW: *“Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.”* Deze verplichting vangt al aan in de precontractuele fase.²⁰ In lid 2 van artikel 6:2 BW volgt daarop: *“Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel, is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”* Hiermee wordt het belang van redelijkheid en billijkheid letterlijk vooropgesteld. Artikel 3:12 BW geeft een

¹⁴ Hammerstein & J.B.M. Vranken 2003, p. 62.

¹⁵ Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 65.

¹⁶ Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 65.

¹⁷ Hammerstein & J.B.M. Vranken 2003, p. 62.

¹⁸ *“Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet”* zoals dat stond in artikel 1374, lid 1 van het oude BW.

¹⁹ Bakker 2012, p. 1.

²⁰ Hoge Raad 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg) m. nt. C.J.H. Brunner.

omschrijving van deze redelijkheid en billijkheid: *“Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.”* Bakker²¹ omschrijft het helderder: *“partijen bij een verbintenis – en in het bijzonder contractspartijen – dienen als redelijke mensen jegens elkaar te handelen, en mitsdien rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Mét de verplichting tot redelijk handelen is tevens voor partijen de verplichting gegeven om billijkheid te betrachten ingeval een tussen hen geldende (contracts)regel door zijn algemeenheid in het gegeven geval tekortschiet en/of een star vasthouden aan die regel de gerechtvaardigde belangen van één der partijen zou schaden.”*

De redelijkheids- en billijkheidsnorm kan op twee manieren worden opgevat, als gedragsnorm voor justitiabelen en als *“beslissingsnorm die de rechter ter hand neemt bij het beslechten van juridische geschillen”*.²² Aangezien de wet geen wijzigingsmogelijkheden verschaft, speelt de manier hoe de rechter de redelijkheid en billijkheid hanteert een belangrijke rol in de norm hoe partijen zich tot elkaar dienen te verhouden binnen een overeenkomst. Dit wordt ook ondersteund door de tekst van artikel 6:248 lid 1 BW, die de toevoegingen die het aan een overeenkomst geeft, niet van een volgorde voorziet. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is dit ook zo uitgelegd: *“... de vraag hoe wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid zich in een gegeven geval tot elkaar verhouden, [kan] beter aan de rechter [...] worden overgelaten”*.²³ Hoewel hier de rechter wordt genoemd als degene die de verhouding moet toepassen, sluit ik mij aan bij de visie van Bakker. Hij hangt niet de beslissingsnorm aan, maar ziet de redelijkheid en billijkheid als een *“diep in het maatschappelijke gebeuren geworteld, menselijk handelingspatroon, dat constitutief moet worden geacht voor elke vorm van zinvol menselijk samenleven”*.²⁴ Dat de rechter de verhouding in een gegeven geval moet vaststellen, houdt mijns inziens niet in dat voor toepassing op het oordeel van de rechter moet worden gewacht. Partijen moeten altijd rekening houden met elkanders belangen.

In het arrest Baris/Riezenkamp²⁵ heeft de Hoge Raad aangegeven *“dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrennende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij”*. Deze interpretatie vormt de basis van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in overeenkomsten, en is in drie betrekkelijk recente arresten nog bevestigd.²⁶ Hammerstein en Vranken²⁷ concluderen in hun onderzoek dat sinds Baris/Riezenkamp een plicht is verankerd om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, welke ook gestalte krijgt in de fase van het beëindigen van overeenkomsten.

2.3.2 Aanvullende werking

Lid 1 van artikel 6:248 BW stelt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de

²¹ Bakker 2012, p. 9.

²² Bakker 2012, p. 1.

²³ Kamerstukken I 1979-1980, 7 729, nr. 59, p. 3.

²⁴ Bakker 2012, p. 9.

²⁵ Hoge Raad 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

²⁶ HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Nethou/Multi Vastgoed), HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO) en HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC).

²⁷ Hammerstein & Vranken 2003, p. 70.

gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Binnen een overeenkomst kunnen door de redelijkheid en billijkheid dus verbintenissen ontstaan, op het gebied waar partijen zelf niets geregeld hebben. Deze aanvullende werking komt aan de orde, indien de partijafspraken een leemte bevatten waarin wet of gewoonte niet voorzien.²⁸ De leemte kan ook ontstaan door toepassing van de beperkende werking.

2.3.3 Beperkende of derogerende werking

De beperkende of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid houdt in dat van een afspraak mag worden afgeweken.²⁹ Lid 2 van artikel 6:248 BW stelt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze maatstaf is door de Hoge Raad als 'een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf' bestempeld.³⁰ 'Onaanvaardbaar' is dan ook een veel hogere drempel dan alleen maar 'in strijd met'. *"Redelijkheid en billijkheid eisen primair trouw aan het gegeven woord"*³¹. Deze benadering staat in de behandeling van overeenkomsten vast. Maar dit is natuurlijk wel heel vanzelfsprekend, en is bij wijze van spreken verdisconteerd in de toetsing.³² Reurich beschrijft dit treffend: *"Het relatieve gewicht van de bij het gegeven geval betrokken belangen zal de uitkomst van de toetsing bepalen; alleen bij aanwezigheid van een groter belang dan dat van de contractuele gebondenheid zal een contractueel beding zich niet kunnen doorzetten. Het resultaat van de toetsing mag dan tegen het contract indruisen, het zou onjuist zijn de werking van redelijkheid en billijkheid uitsluitend vanuit het resultaat te begrijpen. Een en ander voert tot de slotsom dat het beginsel van de verbindende kracht van overeenkomsten niet onverenigbaar is met – want reeds verdisconteerd in – een toetsing aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid"*³³. Beperking krachtens artikel 6:248 lid 2 BW van de toepasselijkheid van tussen partijen geldende afspraken vindt van rechtswege plaats. Een rechterlijke uitspraak is daarvoor niet vereist.³⁴ Met andere woorden: de redelijkheid en billijkheid kunnen teweeg brengen dat een verplichting op een andere wijze mag of moet worden vervuld dan is overeengekomen en dat een recht niet of op een andere wijze mag of moet worden uitgeoefend dan bij de overeenkomst is bepaald.³⁵

2.3.4 Imprévision

Imprévision maakt het mogelijk voor partijen om een geschil aan de rechter voor te leggen, zodat hij in kan grijpen in de rechtsgevolgen van een contract. *"Imprévision speelt indien de complexiteit van de imprévision-situatie van een zodanige aard is dat rechterlijke tussenkomst onontbeerlijk wordt"*³⁶. Voor deze gevallen heeft de wetgever gemeend dat deze niet anders dan bij constitutief vonnis

²⁸ Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 341.

²⁹ Derogeren = wijzigen.

³⁰ Tjittes geeft in zijn artikel de volgende arresten waarin de Hoge Raad dit 'een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf' noemt: HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (Apeldoorn/Duisterhof); HR 14 december 2001, NJ 2002, 596 (Bouwkamp/Van Dijke); HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284 (Poelstra/Bettman); HR 20 december 2003, NJ 2003, 153 (Bollemeijer/TPG); HR 17 december 2004, NJ 2005, 271 (Ampatil/Weggelaar).

³¹ vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969.

³² Reurich 2005, p. 58.

³³ Reurich 2005, p. 58.

³⁴ Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 351.

³⁵ Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 351.

³⁶ Bakker 2012, p. 102.

kunnen worden opgelost.³⁷ De imprévisionregeling wordt gevormd door de artikelen 6:258 tot en met 6:260 BW, waarvan artikel 6:258 lid 1 BW de materiële vereisten behandelt: *“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.”* Onvoorzien is ruimer dan de vraag wat voor partijen voorzienbaar is, namelijk dat de omstandigheid na het sluiten van de overeenkomst moet zijn opgetreden en niet door partijen zijn verdisconteerd in wat zij zijn overeengekomen. Dit wordt aan de hand van de Haviltex-norm uitgelegd.³⁸ Indien elke verandering van omstandigheden een aanpassing zou rechtvaardigen zou dit tot een ongerechtvaardigde ondergraving van de verbindende kracht van hetgeen dat is overeengekomen leiden.³⁹ Er vindt een belangenafweging plaats, waarbij de rechter een discretionaire bevoegdheid krijgt om overeenkomsten te corrigeren opdat ze aan de normen van redelijkheid en billijkheid voldoen. Dat instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht impliceert onder meer dat de wijziging van de omstandigheden niet te wijten is aan de schuld van de partij die de wijziging verzoekt, noch voor haar risico komt.⁴⁰ Het houdt ook in dat niet ieder nadeel tot een redelijke wijziging leidt. Lid 2 van artikel 6:258 BW vervolgt: *“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.”* In het arrest Essent/Van der Hulst kwam Essent volgens het Hof Den Bosch geen beroep toe op onvoorziene omstandigheden, alleen omdat zij nadeel ondervindt van een wetswijziging: *“Ook indien ervan uitgegaan moet worden dat verdere ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst voor Essent onvoordeliger is dan aanpassing aan het nieuwe regiem van de Electriciteitswet, leidt dat op zich nog niet tot een ander oordeel.”*⁴¹

Imprévision wordt in de praktijk weinig toegepast.⁴² De Hoge Raad heeft de lat erg hoog gelegd in het arrest Briljant Schreuders/ABP: *“Van onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 kan alleen sprake zijn voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen. Voor toepassing van artikel 6:258 BW is alleen plaats wanneer de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij van degene die herziening van de overeenkomst verlangt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan dit vereiste zal niet spoedig zijn voldaan; redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe. Uit het voorgaande*

³⁷ Bakker 2012, hierbij verwijzend naar Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1828 en p. 974.

³⁸ In Hoge Raad 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex) geeft de Hoge Raad aan hoe een overeenkomst geïnterpreteerd moet worden. *“De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.”*

³⁹ Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 374.

⁴⁰ Hammerstein & Vranken 2003, p. 29.

⁴¹ Hof Den Bosch 11 april 2006, NJF 2006, 500, r.o. 4.15.

⁴² Hondius 2011, p. 87-88.

*vloeit voort dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden (vgl. HR 27 april 1984, NJ 1984, 679, rov. 3.2)*⁴³.” Hierdoor aanvaardt de lagere rechtspraak niet snel een wijziging op grond van imprévision.

In het arrest Vereniging voor Effectenhandel/CSM⁴⁴ spreekt de Hoge Raad zich uit over de verhouding tussen de artikelen 6:248 en 6:258 BW. Ook wanneer een wijziging van een duurovereenkomst op grond van artikel 6:258 BW kan worden gevorderd, mag de overeenkomst worden opgezegd wanneer *“naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst in ongewijzigde vorm niet mag worden verwacht. In dat geval is noch toepassing van lid 1 van artikel 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid brengen mee dat de overeenkomst met een bevoegdheid tot opzegging in de gegeven omstandigheden wordt aangevuld), noch ook toepassing van lid 2 van dit artikel (een beroep op het ongewijzigd voortduren van het overeengekomene is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar) uitgesloten doordat de opzeggende partij op grond van dezelfde omstandigheden ook had kunnen kiezen voor een vordering tot wijziging van de overeenkomst op de voet van artikel 6:258 BW.”* Hiermee is bevestigd dat ook in gevallen waar imprévision mogelijk is, de aanvullende en derogerende redelijkheid en billijkheid van toepassing blijven. Volgens Bakker vloeit uit de uitspraak voort dat partijen dus ook een declaratoire uitspraak kunnen vorderen waarin de uitwerking van beide leden van artikel 6:248 BW op het overeengekomene wanneer de situatie zich leent voor imprévision.⁴⁵ Hierbij wordt dan niet door de rechter gewijzigd, maar geconstateerd.

2.4 Eenzijdig wijzigen van overeenkomsten

Het beginsel van contractvrijheid brengt dus met zich dat een wijziging van de contractuele verhouding door partijen altijd bij nadere overeenkomst kan geschieden.⁴⁶ Er kan zich een probleem voordoen als een partij zonder deugdelijke grond weigert om een redelijk wijzigingsvoorstel te aanvaarden. Eenzijdige wijziging van overeenkomsten kan dan uitkomst bieden, en wordt gerechtvaardigd door een door het recht erkende verstoring van de contractuele verhouding – een verstoring van de wilsvorming, een verstoring van de uitvoering van de overeenkomst of een verstoring van de feitelijke context van de overeenkomst.⁴⁷ Hammerstein en Vranken stellen hierbij dat de keuze tot wijziging tegemoet moet komen aan een eerlijke afweging van de belangen van beide partijen, waarvan de een de overeenkomst gestand wil doen en de ander ervan af wil. Rekening moet worden gehouden met beginselen als evenredigheid en subsidiariteit.⁴⁸ Met de aanvullende werking kan een onderhandels

plicht worden opgelegd. Wanneer hieraan niet wordt voldaan heeft dat het logische gevolg dat er niet langer van onaanvaardbaarheid kan worden gesproken zoals in artikel 6:248 lid 2 BW, of dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gewoon mag worden verwacht zoals in artikel 6:258 BW. Bovendien zouden onvoorziene omstandigheden dan alsnog voor rekening van de weigeraar komen (artikel 6:258 lid 2 BW).

⁴³ Hoge Raad 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP), r.o. 4.3.2.

⁴⁴ HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (Vereniging voor Effectenhandel/CSM), r.o. 3.4.

⁴⁵ Bakker 2012, p. 105.

⁴⁶ Reurich 2005, p. 1.

⁴⁷ Reurich 2005, p. 1.

⁴⁸ Hammerstein & Vranken, 2003, p. 9.

De ontbinding is de grootst mogelijke eenzijdige wijziging in een overeenkomst. In geval van een tekortkoming kan een overeenkomst worden ontbonden.⁴⁹ Beide partijen krijgen dan de plicht om de gevolgen van de overeenkomst ongedaan te maken. Het moet een tekortkoming van enig formaat zijn: twee dagen te laat huur betalen rechtvaardigt de ontbinding niet. De schuldenaar moet eerst in verzuim zijn en moet dus na een ingebrekestelling, waarin een redelijke termijn wordt gegeven, niet binnen die termijn de overeengekomen prestatie leveren. Als nakoming van de overeenkomst niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, is geen verzuim nodig. De gedeeltelijke ontbinding ontstond in jurisprudentie⁵⁰ en is later gecodificeerd in artikel 6:270 BW. Het artikel stelt dat een gedeeltelijke ontbinding een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid inhoudt. Hiervoor is ook een tekortkoming nodig van de wederpartij en geldt de in Multi Vastgoed/Nethou gestelde beperking van de keuzevrijheid van de schuldeiser.⁵¹ In Multi Vastgoed/Nethou⁵² heeft de Hoge Raad overwogen dat de schuldeiser bij de keuze tussen nakoming en schadevergoeding niet volledig vrij is, doch daarbij is gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid mede in verband met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Binnen deze grenzen heeft de schuldeiser ruimte om de overeenkomst te vernietigen. De rechter kan hier, op verlangen van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van dit nadeel de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen.⁵³ Dit recht komt hem echter niet ambtshalve toe.⁵⁴

Overeenkomsten kunnen ook worden opgezegd. Iedere duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is in beginsel opzegbaar.⁵⁵ Voor opzegging is niet nodig dat de wederpartij wanprestatie heeft gepleegd of dat er anderszins sprake is van verwijtbare of voor haar risico komende omstandigheden, en er hoeft ook niet te zijn voldaan aan de voorwaarden van de *imprévision*.⁵⁶ Het moet wel gaan om duurovereenkomsten van onbepaalde tijd. In *Mondia/Calanda*⁵⁷ gaf de Hoge Raad aan dat een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst, waarbij tussentijdse opzegbaarheid niet is bedongen in beginsel niet eenzijdig tussentijds door opzegging kan worden beëindigd.⁵⁸

In het *Vodafone/ETC*-arrest⁵⁹ oordeelt de Hoge Raad dat bij de beoordeling van een schriftelijk contract niet alleen naar de zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract mag worden gekeken. De *Haviltex*-norm moet ook in acht worden genomen: “*de vraag hoe in een*

⁴⁹ Artikel 6:265 BW: “Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.”

⁵⁰ HR 5 maart 1926, NJ 1926, 504 (Wijnen/Bontweverij); tevens Hoge Raad 11 maart 1926, NJ 1926, 508 (Van Duijsen/De Eewal).

⁵¹ Van den Berg 2001.

⁵² HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

⁵³ Artikel 3:54 lid 2 BW.

⁵⁴ HR 28 november 1997, NJ 1998, 659 (Luycks/Kroonenberg).

⁵⁵ HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 685 (De Ronde Venen/Stedin) m. nt. Tjong Tjin Tai.

⁵⁶ Hammerstein & Vranken, 2003, p. 22.

⁵⁷ HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda).

⁵⁸ Over het opzeggen van duurovereenkomsten is veel geschreven. Dit is met name door het recente arrest *Gemeente De Ronde Venen/Stedin c.s.* in een nieuwe stroomvaart van ontwikkelingen gekomen.⁵⁸ Wegens de aanknopingspunten die te vinden zijn in de overwegingen van de Hoge Raad is het van belang om dit in het achterhoofd te houden, maar omdat dit onderzoek gericht is op eenzijdig wijzigen in plaats van opzeggen wil ik hier niet te lang bij stilstaan.

⁵⁹ HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC).

*schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten*⁶⁰." Hier past de Hoge Raad de Haviltex-norm toe. Daarnaast haalt de Hoge Raad Baris/Riezenkamp aan: "de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar worden niet alleen bepaald door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij"⁶¹." Tjittes stelt dat dit velerlei plichten kan inhouden voor partijen, te weten een medewerkings- of coöperatieplicht, en de plicht een redelijk voorstel van de wederpartij tot wijziging te aanvaarden, gelet op de redelijke belangen van de wederpartij in geval van gewijzigde omstandigheden.⁶² In het wijzigingsproces onderscheidt Tjittes vier stappen: Beoordelen of er een goede reden is het wijzigingsvoorstel te doen; Nagaan of het wijzigingsvoorstel redelijk is; De heronderhandelingsplicht in geval van een redelijk voorstel; Bezien of het aanvaarden van het redelijke wijzigingsvoorstel in redelijkheid van de wederpartij gevegd kan worden. Omdat hier de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid aan de orde is, hoeft niet aan de strenge maatstaf van de beperkende werking te worden voldaan. Er is echter nog geen standaard jurisprudentie die voorschrijft dat partijen gehouden zijn om bij gewijzigde omstandigheden een redelijk wijzigingsvoorstel van een contractspartij door de wederpartij in redelijkheid te aanvaarden. De plicht om op een redelijk wijzigingsvoorstel in te gaan is nog niet echt tot ontwikkeling gekomen.⁶³ Het uitgangspunt van het overeenkomstenrecht in Nederland blijft dus dat partijen hun overeenkomst niet eenzijdig, maar slechts met wederzijds goedvinden voortijdig kunnen verbreken of tussentijds kunnen veranderen.⁶⁴

2.5 Conclusie

Een overeenkomst markeert de overgang van partijen van vrijheid naar gebondenheid, en komt tot stand wanneer twee partijen hun wil uiten door middel van een rechtshandeling. De contractvrijheid zorgt ervoor dat partijen in het algemene verbintenissenrecht volledig vrij zijn in waartoe zij zich verbinden. Een overeenkomst is een momentopname: partijen komen op een punt hun afspraken overeen, maar in de loop van de tijd kunnen deze afspraken anders uitpakken waarna het gemeenschappelijke doel voor een der partijen nadeliger uitpakt. Het Nederlands verbintenissenrecht houdt vast aan een (sterke) contractuele gebondenheid aan het gegeven woord. *Pacta sunt servanda*. Daarom is het van belang te weten wat een partij zelfstandig kan doen in geval van uiteenlopende belangen. Wanneer dit probleem bij het ontstaan van de overeenkomst al optreedt, zijn er mogelijkheden voor de benadeelde partij in de vorm van een beroep doen op wilsgebreken. In geval van tekortkomingen zijn gedeeltelijke ontbinding en opzegging onder bepaalde omstandigheden mogelijk. Deze mogelijkheden zijn echter uitgesloten op het moment dat de overeenkomst bij aanvang aan de wil aansluit en de wederpartij deze naar behoren uitvoert.

⁶⁰ HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC), r.o. 3.4.

⁶¹ HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC), r.o. 3.5.

⁶² Tjittes 2012, p. 95.

⁶³ De Hoon 2006, p. 46.

⁶⁴ Hammerstein & Vranken 2003, p. 6.

Masterscriptie Bert van den Boom:

De wijzigingsmogelijkheden van het arbeidsrecht breder beschouwd

Ontbinden zorgt voor het verdwijnen van de overeenkomst, waardoor dit een rigoureuze oplossing is om een verschil in wilsovereenstemming op te lossen. Bij het wijzigen van een overeenkomst blijft de overeenkomst in stand en kan het beoogde rechtsgevolg zoveel mogelijk verwezenlijkt worden, waarbij de belangen van de partijen het best behartigd kunnen worden.

De redelijkheid en billijkheid maken deel uit van de overeenkomst. Deze geven een tot partijen gerichte gedragsnorm, waarbij zowel bestaande als nieuwe omstandigheden kunnen worden verdisconteerd in de overeenkomst. Overeenkomsten kunnen worden aangevuld en beperkt, en door middel van imprévision kunnen overeenkomsten worden gewijzigd na het optreden van onvoorziene omstandigheden die niet voor rekening van de daardoor benadeelde partij behoren te komen. Dat dit met een terughoudendheid wordt benaderd door de rechter is een gevolg van de (sterke) contractuele gebondenheid. Desalniettemin worden partijen gedwongen hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, wat ervoor zorgt dat een beroep op wijziging onder omstandigheden toelaatbaar is. Voor de wijziging van overeenkomsten zijn omstandigheden vereist die hiertoe nopen. Er is echter nog geen standaardjurisprudentie te onderscheiden die voorschrijft dat partijen gehouden zijn om bij gewijzigde omstandigheden een redelijk wijzigingsvoorstel van een contractspartij door de wederpartij in redelijkheid te aanvaarden. Omdat de aangegane overeenkomst zich tot de partijen tot wet strekt rest hen veelal alleen de optie om de overeenkomst op te zeggen.

Hoofdstuk 3: Het wijzigen van arbeidsovereenkomsten

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt primair gekeken naar wat binnen de relatie tussen één werkgever en één werknemer mogelijk is als het gaat om het wijzigen van de arbeidsovereenkomst. Ik kies hiervoor in verband met de vergelijking met hoofdstuk 1. Aan de orde komen de arbeidsovereenkomst en de arbeidsvoorwaarden. Daarna volgen de wijzigingsmogelijkheden die het wijzigingsbeding en het goed werknemerschap van 7:611 BW bieden. Vervolgens komt de belangenafweging die hierbij gemaakt wordt aan bod en ten slotte behandel ik kort de verhouding tussen de wijzigingsmogelijkheden. Voor dit hoofdstuk worden de invloed van CAO en ondernemingsraad alleen meegenomen indien deze in geval van individuele wijzigingen invloed hebben.

3.2 Karakterisering arbeidsovereenkomsten

Wanneer een overeenkomst aan de elementen van artikel 7:610 BW voldoet (loon, persoonlijke arbeid, de gezagsverhouding en gedurende zekere tijd) is van rechtswege sprake van een arbeidsovereenkomst.⁶⁵ Hierbij moeten bepaalde bedingen wel schriftelijk worden gesloten, bijvoorbeeld een proeftijd of concurrentiebeding. Deze zijn namelijk niet geldig als ze alleen mondeling tot stand komen. Een arbeidsovereenkomst zorgt voor belangrijke rechtsgevolgen voor de betrokken werknemer, zoals de dwingende toepasselijkheid van Titel 7.10 BW waarin de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst is voor de werknemer dus van groot belang omdat deze op zichzelf een bron van rechten en verplichtingen is, maar ook omdat de arbeidsovereenkomst toegang biedt tot talloze andere rechten en verplichtingen op individueel en collectief sociaalrechtelijk terrein.⁶⁶ Belangrijker is de vereiste “ontslagvergunning” van artikel 6 lid 1 BBA: *“De werkgever behoeft voor de opzegging van de arbeidsverhouding voorafgaande toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.”* Hierdoor kan de werkgever niet zomaar de arbeidsovereenkomst opzeggen. Nog frappanter is: de arbeidsovereenkomst is voor de werknemer zelfs een op geld te waarderen waarde.⁶⁷ Werknemers kunnen de arbeidsovereenkomst wel opzeggen.

⁶⁵ Het arbeidsovereenkomstenrecht is geregeld in een aparte titel van Boek 7 van het BW, te weten titel 7.10.

⁶⁶ Van Drongelen & Fase 2011, p. 29. Zie voor een uitgebreide behandeling van dwingendrechtelijke bepalingen in het arbeidsovereenkomstenrecht Houweling & Langedijk, ‘Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture’, *ArA* 2011(1).

⁶⁷ Indien tijdens de ontbindingsprocedure, de enige weg die de werkgever heeft als er geen ontslag mogelijk is met wederzijds goedvinden, wegens een dringende reden, of via artikel 6 BBA, zal de kantonrechter een ontbindingsvergoeding toekennen aan de hand van de kantonrechtersformule. Hierbij wordt het aantal dienstjaren, gewogen naar leeftijd van de werknemer, vermenigvuldigd met het bruto maandsalaris en eventueel gecorrigeerd. Deze kantonrechtersformule is te vinden op <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-kantonrecht/Documents/kantonrechterformulenuw.pdf> maar voor dit onderzoek is het voldoende om nu vast te stellen dat de arbeidsovereenkomst een met geld te waarderen waarde vertegenwoordigt.

Gevolg van de dwingendrechtelijke bepalingen van Titel 7.10 BW en de ontslagvergunning is dat de verbintenisrechtelijke beweegruimte sterk is beperkt in het arbeidsrecht. Door deze beperking is in het arbeidsrecht een grotere behoefte aan mogelijkheden om wijzigingen in de overeenkomst door te kunnen voeren. Omdat werknemers wel kunnen opzeggen, en hierin dus meer bewegingsruimte hebben, zijn de wijzigingsmogelijkheden vanuit de positie van de werkgever erg belangrijk.

3.2.1 Arbeidsvoorwaarden

Arbeidsvoorwaarden worden opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Deze staan vanaf dat moment vast. Daar artikel 7:610 BW geen schriftelijkheidseis bevat, kan een arbeidsovereenkomst mondeling overeen gekomen worden. Als een arbeidsovereenkomst mondeling wordt aangegaan moet de werkgever nog wel schriftelijk een aantal gegevens vastleggen als gevolg van de informatieplicht van artikel 7:655 BW.⁶⁸ In Nederland bestaat geen officieel onderscheid tussen arbeidsvoorwaarden waarin wordt uitgemaakt of sommige daarvan essentiëler of meer primair zijn dan andere arbeidsvoorwaarden.⁶⁹ Dit is een groot verschil met ons omringende landen (België, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland) met een belangrijk gevolg. Een eenzijdige wijziging van een essentiële voorwaarde betekent in het buitenland dat de (arbeids)overeenkomst automatisch eindigt.⁷⁰

Het onderzoek van Jellinghaus kan een aanknopingspunt vormen. Hij betoogt dat de mogelijkheden om een arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen moeilijker te verwezenlijken worden naarmate de arbeidsvoorwaarde essentiëler is voor de arbeidsovereenkomst. Een wijziging van een zeer belangrijke voorwaarde, zoals loon, brengt een zwaardere belangenafweging met zich dan een eenzijdige wijziging van een minder belangrijke (secundaire) arbeidsvoorwaarde, zoals een reiskostenregeling. Jellinghaus voegt daarmee als eerste een nuancering toe: wat essentieel is hangt af van de omstandigheden van het geval.⁷¹ Hij durft wel indicatoren te geven: tussen partijen gemaakte afspraken en in hoeverre afspraken in de arbeidsovereenkomst concreet uitgewerkt zijn (waarvan het gebrek hieraan ruimte geeft voor de instructiebevoegdheid). Loon, arbeid en gezag staan wel buiten discussie. Uiteindelijk komt Jellinghaus tot de volgende vereisten:⁷²

1. de arbeidsvoorwaarde is op schrift tussen partijen vastgesteld;
2. degene die zich op de essentialiteit van de arbeidsvoorwaarde beroept moet aantonen dat deze voor hem van substantieel belang is;
3. de andere partij had redelijkerwijs dit belang behoren te begrijpen.

Hierbij is sprake van substantieel belang indien de arbeidsovereenkomst zonder deze arbeidsvoorwaarde hoogstwaarschijnlijk niet zou zijn gesloten, althans niet onder de desbetreffende arbeidsvoorwaarden. Dit moet een meer dan normaal belang inhouden, bijvoorbeeld voldoen aan hypothecaire verplichtingen of een vrije woensdagmiddag wegens kinderen. Dat zijn zwaardere belangen dan bijvoorbeeld voorwaarden rondom lunchkosten.

⁶⁸ Zie artikel 7:655, lid 1, sub a t/m m BW. Het gaat hierbij om naam en woonplaats van de partijen, de plaats waar de arbeid wordt verricht, de functie van de werknemer, het tijdstip van indiensttreding, en andere informatie die overeen is gekomen in de arbeidsovereenkomst.

⁶⁹ Zie hiervoor het onderzoek van Jellinghaus 2003, p. 50-60.

⁷⁰ Jellinghaus 2003, p. 57.

⁷¹ Jellinghaus 2003, p. 58.

⁷² Jellinghaus 2003, p. 59.

3.3 Wijzigen van de arbeidsovereenkomst is een belangenafweging

Het BW werkt met een gelaagde structuur, waardoor het algemeen gedeelte ook op het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing is. Hierdoor doen de redelijkheid en billijkheid hun intrede in het arbeidsrecht. Daarnaast heeft de wetgever aanvullende bepalingen opgenomen om de in de inleiding besproken ongelijkheid tussen werknemers en werkgevers te verzachten en de werknemer te beschermen in verband met zijn afhankelijkheidspositie.

“De redelijkheid en billijkheid zijn van toepassing op alle meerszijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen⁷³.” In de verschillende mogelijkheden die een wijziging kunnen veroorzaken komt een aspect telkens naar voren: de belangenafweging. In iedere wijzigingsvorm geven de redelijkheid en billijkheid de (inhoudelijke) doorslag. Titel 7.10 BW kent geen eigen regeling voor de aanpassing van de arbeidsovereenkomst aan gewijzigde omstandigheden, indien de arbeidsovereenkomst niet voorziet in een wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW.⁷⁴ Het instructierecht ofwel directierecht van de werkgever houdt de (niet onbeperkte) bevoegdheid in om ten aanzien van het verrichten van de arbeid en het bevorderen van de goede orde in de onderneming voorschriften uit te vaardigen.⁷⁵ Instructie, aanpassing en wijziging van een arbeidsovereenkomst verlopen eenvoudiger via het directierecht dan via het goed werknemerschap en de zwaarwichtige reden van 7:613 BW.⁷⁶ Voor een echte aanpassing van arbeidsvoorwaarden is dit echter onvoldoende: het vult de gezagsverhouding binnen de arbeidsovereenkomst in. De opdrachten, aanwijzingen en/of instructies moeten functioneel zijn ten aanzien van de te verrichten arbeid en de omstandigheden waaronder die arbeid wordt verricht.⁷⁷ Het instructierecht veroorzaakt dus geen wijziging van de overeenkomst zelf. In hoofdstuk 1 is al uitgelegd waarom de imprévision-regeling van artikel 6:258 BW weinig soelaas biedt. Daarom worden wijzigingen in de praktijk door de werkgever doorgevoerd indien hij van mening is dat goedwerknemerschap met zich brengt dat de werknemer de wijziging dient te aanvaarden, of wanneer de redelijkheid en billijkheid hier ruimte voor verschaffen. In hoeverre is een werknemer verplicht zijn medewerking te verlenen?

3.3.1 Eenzijdig wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW

Voor 1998 bestonden er geen wettelijke regels rondom eenzijdige wijzigingsbedingen in arbeidsovereenkomsten. Ze waren in de praktijk echter al wel aanwezig. De werkgever stelde arbeidsreglementen op waarin allerhande regels en voorwaarden waren opgesteld. Hierbij hield de werkgever zich het recht voor om deze eenzijdig te wijzigen. De wetgever besloot dit aan te pakken toen de Wet op de ondernemingsraden werd herzien. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel waarmee het beding van artikel 7:613 BW werd ingevoerd is uitgelegd waarom behoefte was aan regeling van deze bedingen: *“Voorts is veelal praktijk dat de werknemers ook aan wijzigingen van die bedrijfsregelingen gebonden worden. Dit gebeurt door toepassing van zogenaamde «eenzijdige wijzigingsbedingen»: bedingen op grond waarvan de werkgever de bevoegdheid heeft in de toekomst de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, dus zonder dat hij daarvoor de toestemming van de werknemer behoeft⁷⁸”*. Het eenzijdig wijzigingsbeding is een

⁷³ Hijma 2007, p. 19.

⁷⁴ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, p. 41.

⁷⁵ Croimans en De Laat, p. 65.

⁷⁶ Croimans en De Laat, p. 65.

⁷⁷ Van Drongelen & Fase 2011, p. 32.

⁷⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21.

praktisch instrument om dynamiek in een organisatie te behouden, een sturingsinstrument, begrensd door de redelijkheid.⁷⁹

De schriftelijkheidseis bracht meer rechtszekerheid: *“Uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid dient aan het beding zelf de formele eis te worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen”*⁸⁰. Deze eis moet wel met een korrel zout worden genomen. Het is voldoende wanneer het wijzigingsbeding zich bevindt in de regeling die de werkgever beoogt te wijzigen.⁸¹ Een beding in de individuele arbeidsovereenkomst is niet nodig.

Artikel 7:613 BW stelt drie eisen aan een eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde:

- de werkgever moet een wijzigingsbeding overeengekomen zijn met de werknemer;
- de werkgever moet zich kunnen beroepen op een zwaarwichtig belang;
- dit belang moet groot genoeg zijn, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

De eis van zwaarwichtig belang in artikel 7:613 BW moet volgens de Memorie van Toelichting worden gezien als dezelfde eis als van artikel 6:248 lid 2 BW.⁸² Het zal dan in het algemeen moeten gaan om zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden die tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden noodzaken.⁸³ Ook harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na een reorganisatie kan in gevallen een zwaarwegend belang opleveren.⁸⁴ Naast deze bedrijfseconomische en organisatorische omstandigheden, worden ook technische redenen als zwaarwichtige omstandigheden gerekend. Tezamen is hiermee de term ‘ETO-redenen’ ontstaan. Het is aan de werkgever het bestaan hiervan aan te tonen.

In de Memorie van Toelichting is over het belang van de werkgever het volgende geschreven: *“Gezien het uitgangspunt dat arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig worden gewijzigd, zal het daarbij in het algemeen moeten gaan om zwaarwegende bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden die tot wijziging van arbeidsvoorwaarden noodzaken. Te denken valt aan de situatie dat een werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert. Het niet kunnen wijzigen van een onkostenregeling zal dan onder omstandigheden voor de werkgever in redelijkheid niet aanvaardbaar zijn. Anders gezegd: hij dient aan te tonen dat sprake is van zodanige omstandigheden dat toepassing van de ongewijzigde regeling van arbeidsvoorwaarden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor hem onaanvaardbaar is”*⁸⁵. Dit past wetsystematisch niet. Bij het gelijktrekken van de maatstaven die beide wijzigingsmogelijkheden hanteren zou de behoefte aan artikel 7:613 BW verdwijnen. Het simpele feit dat het wijzigingsbeding niet is verboden door de wetgever, is volgens Verburg al voldoende om aan te nemen dat er een onderscheid bedoeld is. *“De wetgever heeft dat niet gedaan, heeft het beding juist niet verboden en alleen de toepassing aan banden gelegd. De*

⁷⁹ Bungener 2008, p. 210.

⁸⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 15, p. 1.

⁸¹ “Het beding heeft betrekking op wijziging van de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in dezelfde regeling als die waarin het beding voorkomt.”, HR 18 maart 2011, JAR 2011/108, rov. 3.6.4 (Wegener).

⁸² Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 24.

⁸³ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 24.

⁸⁴ “Een werkgever die zich na een overname geconfronteerd ziet met twee verschillende beloningssystemen voor werknemers die dezelfde functie uitoefenen, heeft in beginsel een zwaarwegend belang bij het harmoniseren van de arbeidsvoorwaarden.” Hof Amsterdam 17 maart 2012, JAR 2012/126, r.o. 3.11.

⁸⁵ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nrs. 3, p. 23-24.

*rechtspraak mag die banden dan niet zo strak aantrekken dat er geen lucht en dus geen muziek meer in te vinden is*⁸⁶. Het beding is dus een handreiking aan de werkgever om zijn arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen. Van belang hiervoor is dat artikel 7:613 BW is ontwikkeld vóór de Taxi Hofman en Stoof/Mammoet arresten.

Het gevolg van artikel 7:613 BW wordt duidelijk als gekeken wordt naar het IBM-arrest⁸⁷, dat vóór de invoering van dit artikel aangaf hoe omgegaan moest worden met wijzigingsbedingen. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een eenzijdig wijzigingsbeding geldig is, zij het niet dat niet is uitgesloten dat een werknemer zijn gebondenheid aan een bepaalde wijziging zal kunnen betwisten op de grond, kort gezegd, dat die gebondenheid in de gegeven omstandigheden in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Hierbij hoefde de werkgever geen zwaarwichtig belang aan te tonen, en lag de bewijslast van de onredelijkheid bij de werknemer. De wetgever heeft dus met invoering van artikel 7:613 BW de positie van de werknemer versterkt.

In het voorgestelde artikel 7:613 BW was een lid 2 opgenomen, dat inhield dat de werkgever vermoed werd een zwaarwichtig belang (als bedoeld in lid 1 van het artikel 7:613 BW) te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeide uit een de werkgever bindende, collectieve arbeidsovereenkomst dan wel uit een regeling die was vastgelegd in overeenstemming met de ondernemingsraad.⁸⁸ Hoewel dit lid het uiteindelijke artikel niet heeft gehaald, heeft de minister gezegd dat, bij het antwoord op de vraag of het belang van de werkgever voldoende zwaarwichtig is, het een rol kan spelen of overeenstemming is bereikt met de ondernemingsraad over wijzigingen van de arbeidsvoorwaardenregeling die de werkgever nastreeft.⁸⁹ Dit vermoeden kan worden weerlegd door de werknemer.⁹⁰ In het IBM-arrest heeft de Hoge Raad al aangegeven *“dat een beroep van individuele werknemers op strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard, wanneer door de ondernemingsraad tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar is gemaakt.”* Deze jurisprudentie is hiermee intact gelaten, maar niet gecodificeerd.

Als er een schriftelijk wijzigingsbeding en een zwaarwichtig belang zijn, kan de arbeidsvoorwaarde gewijzigd worden, als het belang van de werknemer naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid moet wijken. De redelijkheid en billijkheid zijn in het eerste hoofdstuk uitgebreid weergegeven, de vraag is hoe deze zich verhouden in dit arbeidsrechtelijk leerstuk. Driessen en Gundt stellen dat de boogde wijziging formeel en materieel redelijk moet zijn. Formeel houdt het volgende in: *“De wijziging moet zorgvuldig worden voorbereid, tijdig gecommuniceerd en overlegd worden en er moet een ‘op gewinning gerichte overgangstermijn’ worden geboden, gedurende welke de werknemer zijn leven aan de gewijzigde arbeidsvoorwaarden kan aanpassen*⁹¹”. Van invloed op de materiële redelijkheid is de specifieke situatie van de werknemer in kwestie, veelal persoonlijke omstandigheden.

⁸⁶ Verburg 2012, p. 33.

⁸⁷ HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 (IBM).

⁸⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nrs. 1 en 2, p. 8.

⁸⁹ Kamerstukken I 1997/98, 25 615, nr 81a, p. 98.

⁹⁰ Driessen & Gundt 2013, zij verwijzen naar Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, L/JN BV0736, met name r.o. 7.6.4-5 en 7.7.2-3.

⁹¹ Driessen & Gundt 2013, verwijzend naar Ktr. Apeldoorn 17 oktober 2001, JAR 2002/23; Ktr. Deventer 15 juni 2000, JAR 2000/226 en Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, L/JN BV0736; Ktr. Roermond 15 oktober 2002, JAR 2002/286.

Bij de toepassing van het beding zal telkens een belangenafweging (redelijkheidstoets) moeten worden gemaakt. Verburg noemt artikel 7:613 BW ook niet voor niets een “*balancing act*”⁹². Zorgt het zwaarwichtig belang van de werkgever ervoor dat het belang van de werknemer bij het in stand houden van de huidige situatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken? Gebruik mag dus niet disproportioneel zijn. Redelijkheid en billijkheid kunnen onder omstandigheden met zich meebrengen dat de werknemer niet gebonden is aan het wijzigingsbeding, hetgeen de werknemer in het algemeen zal moeten aantonen.⁹³

3.3.2 Het goed werknemerschap van artikel 7:611 BW

Het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden met gebruik van het goed werkgeverschap en goed werknemerschap van artikel 7:611 BW is in de jurisprudentie sterk ontwikkeld. Artikel 7:611 BW schrijft voor dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. De ruimte die de werkgever hierbij heeft ontstaat dan ook vanuit de plicht van de werknemer om zich als goed werknemer te gedragen. Hierbij zijn een aantal arresten aan te wijzen die hierbij een maatstaf vormen, en in het navolgende deel wil ik de lezer meenemen over de weg die de Hoge Raad heeft afgelegd naar het ontwikkelen van de doctrine zoals deze nu bestaat.

Alvorens in te gaan op wat het goed werkgeverschap en goed werknemerschap toevoegen aan de mogelijkheden tot wijzigen van de arbeidsovereenkomst, is het belangrijk om aan te stippen wat de Hoge Raad in haar arresten Agfa/Schoolderman en Parallel Entry/KLM heeft gesteld. Namelijk dat artikel 7:611 “*op de daar bedoelde gevallen toegespitste formulering dezelfde norm tot uitdrukking brengt die in het algemeen met de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt aangegeven*”⁹⁴. In KLM/Parallel Entry vult zij aan: “*In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van artikel 7:611 BW, in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in artikelen 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden*”⁹⁵. De redelijkheid en billijkheid vervullen dus middels artikel 7:611 BW hun rol in het arbeidsrecht.

3.3.2.1 Taxi Hofman

Het goed werknemerschap heeft geleid tot de ontwikkeling van een wijzigingsleer in de jurisprudentie. Dit gebeurde in het Taxi Hofman-arrest, waarin het volgende centraal stond: Een taxichauffeur was wegens gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid te werk gesteld als centralist. Zijn functie verviel ten gevolge van een reorganisatie, maar op dat moment was tevens zijn arbeidsongeschiktheid voorbij. Daarom verzocht de werkgever hem om weer als taxichauffeur te gaan werken, wat hij vervolgens weigerde. Vanuit het oogpunt van artikel 7:611 BW komt de Hoge Raad in zijn Taxi Hofman-arrest⁹⁶ tot het volgende standpunt: “*Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.*”

⁹² Verburg 2012, p. 28.

⁹³ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21.

⁹⁴ HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman), rov. 3.5.

⁹⁵ HR 30 januari 2004, JAR 2004, 68 (KLM/Parallel Entry).

⁹⁶ HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman)

Masterscriptie Bert van den Boom:

De wijzigingsmogelijkheden van het arbeidsrecht breder beschouwd

Zulks wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen⁹⁷.

Dit standpunt van de Hoge Raad is hierna de Taxi Hofman-formule genoemd.⁹⁸ Deze eis is erg licht. Bot gesteld vereist deze formule alleen gewijzigde omstandigheden op het werk, in verband waarmee de werkgever een redelijk voorstel aan de werknemer moet doen. Het voorstel moet door de werknemer nog wel geaccepteerd worden, maar deze heeft zo weinig ruimte om te weigeren dat deze *tweezijdige* wijzigingsmogelijkheid de *eenzijdige* wijziging zeer dicht benaderd en eigenlijk een lichtere toets biedt dan artikel 7:613 BW.⁹⁹ Logischer was geweest dat de wijzigingsmogelijkheid, waarmee de werknemer vooraf akkoord was gegaan, een lagere drempel zou opleveren dan de wijzigingsmogelijkheid die de werkgever zonder voorafgaande instemming van de werknemer mag opleveren. Die zou aan hogere waarborgen moeten voldoen. Dit komt met name naar voren wanneer naar de formulering van de eis van zwaarwichtig belang in artikel 7:613 BW wordt gekeken, die als dezelfde eis als van artikel 6:248 lid 2 BW moet worden gezien.¹⁰⁰ Hierdoor geldt dan een zwaardere eis om arbeidsvoorwaarden te wijzigen voor de werkgever die een eenzijdig wijzigingsbeding overeen is gekomen dan voor de werkgever die dat niet heeft gedaan, waarover ook meerdere lagere rechters in hun rechtspraak hebben laten blijken dat ze het hier niet mee eens waren.¹⁰¹ Toch is dit eenvoudig te verklaren. Het arrest Taxi Hofman dateert van 26 juni 1998, terwijl het artikel 7:613 BW in werking trad op 4 maart 1998. Dus kort voor de uitspraak van de Hoge Raad. De formule van Taxi Hofman is dus gebaseerd op de situatie van vóór de invoering van artikel 7:613 BW.

De Taxi Hofman-toets heeft tot veel kritiek geleid, die Advocaat-Generaal Keus in zijn conclusie bij het arrest Stoof/Mammoet samenvatte: *“De norm uit HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767, moet, nu deze (een verplichting tot medewerking aan) terzijdestelling van hetgeen tussen werkgever en werknemer is overeengekomen meebrengt, als een uitwerking van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen het kader van de arbeidsovereenkomst worden begrepen. Dit betekent dat het bij de beoordeling of de werknemer is gehouden een redelijk aanbod tot wijziging van zijn arbeidsovereenkomst te aanvaarden, erop aankomt vast te stellen of afwijzing van dat voorstel door de werknemer – en daarmee ongewijzigde voortzetting van hetgeen partijen contractueel zijn overeengekomen – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De toets (i) of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer aan ongewijzigde voortzetting van zijn contractuele aanspraken vasthoudt, is een strengere norm dan de toets (ii) of de werknemer redelijk handelt door een hem aangeboden functiewijziging niet te aanvaarden. De eerstgenoemde (juiste) toets impliceert immers een terughoudende beoordeling van*

⁹⁷ HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman)

⁹⁸ In HR 28 april 2000, JAR 2000/120 (Guitoneau/Midnet Taxi) wordt de rechtsregel uit Van der Lely/Taxi Hofman herhaald, en in dit geval bij een ontbindingsprocedure waarbij de werknemer zelfs terug zou gaan in zijn loon wanneer hij de andere functie zou aanvaarden.

⁹⁹ Moonen 2004, p. 6.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 24.

¹⁰¹ Zie hiervoor onder andere Ktr. Leeuwarden 3 april 2007 LJN: BA2129, die stelt dat: “het niet voor de hand ligt om een andere, lichtere, maatstaf te hanteren dan die van artikel 7:613 BW”. Het kan naar het oordeel van de kantonrechter niet zo zijn dat een werkgever die wel een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst heeft opgenomen aan een zwaarder toetsingscriterium moet voldoen dan een werkgever die dat niet heeft gedaan.

Tevens: Ktr. Assen 19 december 2005, JAR 2006/36; Ktr. Zwolle 13 juni 2006, LJN AX8733.

de (on)redelijkheid van de weigering van de werknemer, terwijl de tweede toets een volle(re) beoordeling van de redelijkheid van de opstelling van de werknemer met zich brengt¹⁰²”. Zodoende komt de Hoge Raad met een vervolg.

3.3.2.2 Stoof/Mammoet

De Hoge Raad geeft in het arrest Stoof/Mammoet aan 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 voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is.¹⁰³ Hierbij moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, welke door de Hoge Raad in vijf punten worden opgesomd:

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

Hiermee acht de Hoge Raad de werknemer beschermd tegen onredelijke voorstellen van de werkgever. Vervolgens moet worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevegd kan worden. Met deze zes criteria acht de Hoge Raad *“het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.”*

Interessant aan deze extra eisen is dat de Hoge Raad hiermee de toepassing van de Taxi Hofman formule verzwakt. Zoals De Laat schrijft: *“De Hoge Raad lijkt het probleem van de (vermeende) toepasselijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW op te lossen door de aanvullende redelijkheid en billijkheid (die uit artikel 7:611 BW voortvloeit) te verzwaken met de te beoordelen (ten minste) zes omstandigheden. Daardoor wordt per saldo bereikt dat artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW (bijna) gelijk lopen, maar dat — mirabile dictu — de inhoud van artikel 7:611 BW zwaarder gaat worden dan de zwaarwichtige belangen van artikel 7:613 BW, doordat er een zevende element oprijst in de individuele situatie waarin artikel 7:611 BW moet worden toegepast, te weten dat het bereiken van wilsovereenstemming op de voorgrond staat (wat bij artikel 7:613 BW-wijzigingen niet het geval is). De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is weliswaar als zodanig van het toneel verdwenen, maar de aanvullende werking heeft een bijna derogerend karakter gekregen¹⁰⁴”*. Ook De Wolff is van mening dat Stoof/Mammoet als gevolg heeft dat wijzigen via artikel 7:611 BW dezelfde uitslag geven.¹⁰⁵

Het onderscheid tussen wijzigen via artikel 7:611 BW en wijzigen met gebruik van het wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW is volgens de Hoge Raad dat de werknemer bij het ontbreken van het beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de

¹⁰² HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, Conclusie A-G 3.3 (Stoof/Mammoet).

¹⁰³ HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, r.o. 3.3.2 (Stoof/Mammoet).

¹⁰⁴ De Laat 2008, p. 6.

¹⁰⁵ De Wolff 2008, p. 5.

arbeidsvoorwaarden te aanvaarden.¹⁰⁶ Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn.

Met Stoof/Mammoet maakt de Hoge Raad de benadering van Taxi Hofman, waarbinnen vooral eenzijdig van de werknemer veel verwacht wordt, grotendeels ongedaan, en kan hiermee gezien worden als correctie op de leer die de Hoge Raad in Taxi Hofman heeft voorgeschreven. Mijns inziens terecht. Zo wordt meer waarde gehecht aan de gehele tekst van artikel 7:611 BW, waarin niet alleen de werknemer zich goed moet gedragen maar ook de werkgever. Belangrijker is dat de Hoge Raad een halt toeroept aan de absurde situatie waarin een eenzijdige wijziging aan minder vereisten hoefde te voldoen wanneer partijen vooraf geen wijzigingsbeding overeen waren gekomen.

Ook in deze wijzigingsmogelijkheid moet het voorstel formeel en materieel redelijk zijn. Driessen en Gundt vinden dit ook voor artikel 7:611 BW: *“De werkgever dient werknemers tijdig en volledig in te lichten over de beoogde wijziging en haar gevolgen, en een overgangstermijn moet aanbieden die werknemers de mogelijkheid biedt om hun privéleven aan te passen aan de wijzigingen¹⁰⁷”*. Ook hier is de specifieke situatie van de werknemer in kwestie bepalend voor de materiële redelijkheid.

3.3.3 Belangenafweging

Er vindt dus een belangenafweging plaats waaruit blijkt of het wijzigingsvoorstel redelijk is, waarbij alle omstandigheden worden meegewogen, en of het daarna redelijk is om van de werknemer aanvaarding te verwachten. Deze belangenafweging is sterk casuïstisch, maar er is wel onderzoek gedaan in de poging hier structuren in te vinden. De Wolff tekent aan dat een werknemer de wijziging van arbeidsvoorwaarden als standplaats en taakinhoud minder makkelijk kan weigeren dan wijziging van op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarden, zoals een overeengekomen bonus.¹⁰⁸ Dit sluit aan op het eerder genoemde onderzoek van Jellinghaus. Driessen en Gundt stellen terecht dat het van belang is welke arbeidsvoorwaarde(n) een werkgever wil wijzigen.¹⁰⁹ Hierbij onderscheiden zij vijf elementen van waaruit zij deze afweging beschrijven: loon, functie, arbeidsduur, werktijden, en arbeidsplaats. In hun onderzoek halen zij verschillende recente uitspraken aan, waarvan ik de volgende resultaten wil weergeven:

“Een aanbod tot substantiële wijziging van het basisloon wordt over het algemeen niet redelijk geacht,¹¹⁰ waarbij niet blijkt wat precies een ‘substantiële’ verlaging is. Hierop hoeft een werknemer dan ook niet positief op in te gaan.¹¹¹ De (geleidelijke) aanpassing van bonussen, toeslagen en andere bijkomstige loonelementen daarentegen kan wel als redelijk worden beoordeeld als deze een ‘bijkomstige’ loonwijziging een gevolg is van wijzigingen in andere arbeidsvoorwaarden zoals functie of werktijden. Als de wijziging van deze elementen op zichzelf staat worden de eisen ter rechtvaardiging hoger. Bovendien betreft het een risico dat in principe voor rekening van de ondernemer komt en derhalve niet in de eerste plaats door werknemers behoort te worden

¹⁰⁶ HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, r.o. 3.3.3 (Stoof/Mammoet).

¹⁰⁷ Driessen & Gundt 2013, p. 2, verwijzend naar Ktr. Eindhoven (vzr.) 25 mei 2004, JAR 2004/139 en W.A. Zondag, ‘Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de lagere rechtspraak’, ArA 2006/3, p. 37.

¹⁰⁸ De Wolff 2011, p.1-6.

¹⁰⁹ Driessen & Gundt 2013, p 1-6.

¹¹⁰ Rb. Rotterdam 1 december 2011, LJN BV6734; Hof Leeuwarden 30 september 2008, JAR 2008/276.

¹¹¹ Ktr. Arnhem (vzr.) 28 januari 2004, JAR 2004/42.

gedragen. Gewijzigde maatschappelijke opvattingen met betrekking tot (de hoogte van) bonussen zijn geen gewijzigde omstandigheid die een wijziging van expliciete afspraken kunnen rechtvaardigen.¹¹² Als de loonwijziging voortkomt uit de redelijke wijziging van een andere arbeidsvoorwaarde is dat toegestaan mits de toeslagen geleidelijk worden afgebouwd.¹¹³ Een afdoende overgangs- of compensatieregeling is noodzakelijk.¹¹⁴

Bij een wijziging waarin de functie betrokken is, is een wijziging van kerntaken moeilijk te rechtvaardigen.¹¹⁵ Een (voorstel tot) wijziging van de concrete werkzaamheden wordt wel vaak redelijk geacht, wat wel begrensd wordt door wat is toegezegd of in de functieomschrijving staat. Van belang is voor wiens rekening de oorzaak tot noodzaak van de wijziging komt. Indien, bijvoorbeeld wegens reorganisatie een functie niet langer, dan wel slechts in sterk gewijzigde vorm bestaat, is een aanbod tot wijziging over het algemeen redelijk, voor zover de werkgever de minst ingrijpende wijziging aanbiedt en de negatieve gevolgen ervan voor de overige elementen van de arbeidsovereenkomst zo veel mogelijk verzacht.¹¹⁶

De arbeidsduur geldt naast het loon als primaire arbeidsvoorwaarde. Om die reden is een (eenzijdige) wijziging van de arbeidsduur met evenredige verlaging van het loon niet toegestaan. Een dergelijke wijziging is in strijd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht.¹¹⁷ Indien een wijziging van de arbeidsduur nodig blijkt, kan de werkgever zich in uitzonderlijke, in de Beleidsregels UWV nader uiteengezette situaties tot het UWV wenden met het verzoek een deeltijdontslag toe te staan.

Ten aanzien van de werktijd bestaat aanzienlijke flexibiliteit. Na verloop van een overgangstermijn, wordt het orderingsbelang van de werkgever bij zinvolle personeelsinzet hoger geacht dan persoonlijke belangen van de werknemer.¹¹⁸ Voorwaarde is wel dat de werkgever de werknemer voldoende tijd gunt om privéverplichtingen af te stemmen op de gewijzigde werktijden.¹¹⁹ Ook hier is een afbouw- of overgangsregeling belangrijk voor het voorstel om redelijk te zijn.

Indien de plaats expliciet is overeengekomen of toezeggingen worden gedaan dat de werkplaats niet zal wijzigen, zal de werkgever zwaardere argumenten moeten aanvoeren om een overplaatsing alsnog redelijk te doen zijn. Los hiervan is compensatie voor reistijd en –kosten van belang. Indien het werk enige mate van mobiliteit veronderstelt, kan dit een reden zijn om een wijziging van werkplaats eerder redelijk te achten¹²⁰.

Het gaat te ver om in dit onderzoek op zoek te gaan naar een verdergaande concretisering van de mogelijke uitkomsten bij eenzijdige wijzigingsvoorstellen. Aangezien de feiten in iedere casus doorslaggevend zullen zijn, beperk ik mezelf tot de gegeven indicatoren, ook al is het jammer dat ik daarmee in algemeenheden blijf hangen. *“Wat er ook zij van de juridisch-theoretische aspecten, de praktijk wil vooral weten tegen welke voorgestelde wijzigingen een werknemer zich met succes kan*

¹¹² Rb. Groningen 9 januari 2013, LJN BZ1095; met betrekking tot de wijziging van bonussen bij de ABNAMRO zie bijv. Hof Amsterdam 28 september 2010, JAR 2010/270.

¹¹³ Ktr. Nijmegen 1 maart 2005, JAR 2005/127.

¹¹⁴ Ktr. Zaandam 16 november 2006, JAR 2006/296. W.A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 2001, p. 307.

¹¹⁵ Hof Arnhem 27 juni 2006, JAR 2006/239; Ktr. Rotterdam 31 december 2003, JAR 2004/21.

¹¹⁶ Ktr. Wageningen (vzr.) 3 december 2012, JAR 2013/22.

¹¹⁷ waaronder art. 8 BBA: Rb. Breda 26 september 2012, LJN BX9849.

¹¹⁸ W.L. Roozendaal, ‘The times they are a-changin’. *Wijziging van arbeidstijden en het belang van de werknemer*, SMA 2007, p. 52.

¹¹⁹ Ktr. Amsterdam 11 juli 2011, JAR 2011/299; Ktr. Utrecht (vzr.) 27 april 2011, JAR 2011/162.

¹²⁰ Ktr. Alkmaar 13 juli 2000, JAR 2000/195.

verzetten en bij welke hij zich maar beter kan neerleggen¹²¹”. Duk concludeert hierover: “Redelijkheid en billijkheid leven niet prettig met rechtszekerheid samen.” Ik kan niet anders dan het met hem eens zijn.

Naarmate de arbeidsvoorwaarden minder essentieel zijn is de kans groter dat een wijzigingsvoorstel om die arbeidsvoorwaarden te wijzigen als redelijk wordt bestempeld. Dit is in lijn met het eerder aangehaalde onderzoek van Jellinghaus. Een voorstel is redelijker wanneer er oog is voor de (persoonlijke) gevolgen voor de werknemer, en wanneer er regelingen worden getroffen die de overgang verzachten en/of compenseren.

3.3.4 Verdeling tussen de artikelen 7:613 BW, 7:611 BW en 6:248 lid 2 BW

De verschillende arbeidsrechtelijke wijzigingsmogelijkheden hebben veel discussie veroorzaakt. In de literatuur is meermaals betoogd dat er een splitsing bestaat tussen de gevallen waarin een eenzijdige wijziging beoogd wordt.¹²² Hierbij zou de route van artikel 7:611 BW bedoeld zijn voor eenzijdige wijzigingen van individuele gevallen, en is het beding van artikel 7:613 BW voor collectieve regelingen en wijzigingen. Andere auteurs zijn van mening dat beide opties inzetbaar zijn voor beide kwesties.¹²³ En op een abstracter niveau: wordt nu de aanvullende of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid toegepast in de verschillende wijzigingsvormen? In deze paragraaf geef ik de discussie weer en neem ik mijn eigen positie in.

Belangrijk onderscheid tussen artikel 7:613 BW en Taxi Hofman¹²⁴ is natuurlijk het bestaan van een wijzigingsbeding. Hiermee stemt de werknemer vooraf in met toekomstige wijzigingen, binnen een bepaalde bandbreedte die wordt afgezet door de redelijkheid en billijkheid. Volgens Verburg houdt dit in dat bij de Taxi Hofman-formule de werkgever niet meer in hoeft te gaan op stap 3 (kan in redelijkheid van de werknemer worden geleverd te aanvaarden?).¹²⁵ De werknemer is immers al op voorhand akkoord gegaan met wijzigingen door het beding overeen te komen. Bij de redelijkheidstoets van stap 2 moet dan wel ook de positie van de betrokken werknemer worden getoetst. Hoewel het leerstuk van goed werknemerschap zich ook kan lenen voor collectieve kwesties, een werknemer dient zich natuurlijk altijd als goed werknemer te gedragen, is het in de jurisprudentie van Taxi Hofman alleen uitgewerkt voor het individuele leerstuk.

Zondag schrijft dat het niet eenvoudig is om de verschillende normen te onderscheiden, en doet het nut hiervan naar mijn mening tekort. “Het is niet wenselijk om verschillende ‘redelijkheidsnormen’ – zoals de maatstaven van artikel 7:613 BW, de ‘redelijkheid en billijkheid’, ‘Taxi Hofman’ en de *imprévision* – naast elkaar te hanteren. Het leidt slechts tot juridische haarkloverij zonder dat het gaat om de inhoud. De rechtspraktijk is hiermee niet gediend¹²⁶”. Mijns inziens is het benoemen van dit onderscheid toch een toevoeging. De verschillende maatstaven die opgeworpen worden komen in verschillende omstandigheden aan bod. Uiteindelijk komt het inderdaad neer op het feitelijk relaas, en is de verhouding daartussen relevant om de vraag te beantwoorden of een voorstel redelijk is. Maar dit neemt niet weg dat op de route, die werkgever en werknemer afleggen vóór de

¹²¹ Duk 2008.

¹²² Zie onder andere Beltzer 2008; Van Slooten 1999 p. 51.

¹²³ Zie onder andere Van Drongelen e.a. 2011. p. 39; De Laat 2008, p. 4; Verburg 2012, p. 35.

¹²⁴ In het navolgende gebruik ik de term Taxi Hofman om de wijzigingsmogelijkheid op grond van artikel 7:611 BW aan te halen. Het gaat dus ook om de toevoegingen die de Hoge Raad in Stoof/Mammoet heeft gegeven.

¹²⁵ Verburg 2012, p. 37-38.

¹²⁶ Zondag 2006, p. 54.

beoordeling van de redelijkheid, de gekozen wegen wel degelijk invloed hebben op de uitkomst. Daarnaast is het juist de ‘juridische haarkloverij’ die het vak interessant maakt. Juist die ene omstandigheid die voor een andere uitslag kan zorgen maakt dat de rechtsgeleerdheid zijn menselijke aspect zal blijven behouden.

3.3.4.1 Individueel - collectief

De Hoge Raad stelt in het Stoof/Mammoet-arrest dat 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 geteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen”*¹²⁷. Het woord ‘veeleer’ heeft de discussie doen ontstaan. Waarom heeft de Hoge Raad dat gebruikt? Beltzer stelde hierna dat artikel 7:613 BW *“louter ziet op collectieve wijzigingen”*¹²⁸. In reactie hierop hebben Zondag, Pennings en De Laat opgemerkt dat te voorbarig was, en zij wijzen erop dat de verwoording van de Hoge Raad evengoed individueel kan worden geïnterpreteerd.¹²⁹ De Laat waarschuwt voor een te strikt onderscheid tussen individueel en collectief. Daarover moet volgens hem de discussie niet gaan, omdat het debat over het begrip arbeidsvoorwaarde ex artikel 7:613 BW zich wel eens zou kunnen gaan verplaatsen naar het antwoord op de vraag of twee werknemers al een collectief vormen.¹³⁰

Ik sluit mij bij de groep aan die beweert dat beide procedures ook te gebruiken zijn voor individuele gevallen. Verburg stipt mooi aan waar deze veronderstelling vandaan komt: *“Het gaat in mijn visie primair om een feitelijke constatering van de Hoge Raad dat artikel 7:613 BW is geschreven met het oog op een regeling van het gebruik van een eenzijdig wijzigingsbeding in collectieve kwesties”*¹³¹. Artikel 7:613 BW moet zodoende ook toepasbaar zijn op wijzigingen van arbeidsvoorwaarden als gevolg van ETO-redenen zonder aanwijsbaar collectieve achtergrond. Hierover heeft de Hoge Raad zich echter nog niet uitgelaten.¹³²

In de conclusie bij het Wegener-arrest heeft A-G Timmerman het onderscheid aangehaald: *“... bij toepassing van art. 7:613 BW juist wat meer gewicht toekomt aan het gezichtspunt van de belangen van de onderneming waarvan de betrokken werknemers deel uitmaken dan bij toepassing van art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 2 BW. Dit kan bij toepassing van art. 7:613 BW tot uitdrukking komen in het gewicht dat aan het oordeel van de ondernemingsraad over de afwijking van de arbeidsvoorwaarden wordt toegekend. Deze vaststelling is voor het onderhavige geval van belang omdat de ondernemingsraad daarin een rol speelt. Ik meen dat de maatstaf van art. 7:613 BW minder zwaar kan zijn dan die van 7:611 en 6:248 BW hoeft te zijn”*¹³³. Dit geeft precies weer waarom het wrang was dat de Hoge Raad de deur opende voor een simpelere wijziging van arbeidsvoorwaarden. Als artikel 7:611 BW de arbeidsrechtelijke variant van de redelijkheid en billijkheid moest zijn, en artikel 7:613 BW een lichtere maatstaf voor wijzigen moest geven dan artikel 6:248 lid 2 BW gaf, is het vreemd dat de Taxi Hofman-formule als afleiding van de redelijkheid

¹²⁷ HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, Conclusie A-G 3.3 (Stoof/Mammoet).

¹²⁸ Beltzer 2008, p. 7.

¹²⁹ Heinsius e.a. 2009, p. 148.

¹³⁰ De Laat 2008, p. 4.

¹³¹ Verburg 2012, p. 31.

¹³² Verburg 2012, p. 31.

¹³³ HR 18 maart 2011, JAR 2011/108 (Wegener), conclusie A-G onder 3.3.

en billijkheid weer lichter zou worden dan artikel 7:613 BW. De verhouding is hersteld dankzij de vele voorwaarden die in Stoof/Mammoet worden gesteld, waardoor de eenzijdige wijziging zonder beding aan zwaardere voorwaarden moet voldoen dan die met wijzigingsbeding.

3.3.4.2 Artikel 6:248 lid 2 BW

De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals artikel 6:248 lid 2 BW deze voorschrijft, is een vangnet voor de buitencategorie. Deze zal mijns inziens zo min mogelijk worden toegepast. Gevallen die niet binnen de leerstukken van artikel 7:613 BW en artikel 7:611 BW vallen zullen doorgaans worden afgewezen. Alleen uitzonderlijke gevallen die niet binnen deze leerstukken vallen, maar tóch naar maatstaven van redelijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zijn komen hiervoor in aanmerking. Ook De Laat stelt dat de derogerende werking alleen voor de 'superzware' gevallen bedoeld is.¹³⁴

Dit is volgens mij de meest logische verhouding: wanneer een werknemer een wijzigingsbeding heeft toegestaan, is hij onder voorwaarden al akkoord gegaan met een toekomstige wijziging. Bij de gevallen waarvoor dit beding bedoeld is hoort dan ook de lichtste maatstaf. De Taxi Hofman-formule is een optie voor gevallen waarin geen beding bestaat of de casus zich beter leent voor een beroep op het goedwerknemerschap. Bij de restcategorie hoort de hoogste drempel: anders zou deze mogelijkheid de specifieke mogelijkheden in de weg kunnen lopen en dogmatische ontwikkeling blokkeren.

3.6 Conclusie

De redelijkheid en billijkheid spelen door in het arbeidsrecht vanwege de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek. Hierbij heeft de wetgever extra bepalingen opgenomen om de zwakkere positie van de werknemer te compenseren. Deze zijn dwingend van toepassing op alle arbeidsovereenkomsten. Een overeenkomst wordt automatisch een arbeidsovereenkomst als aan enkele elementen wordt voldaan. Een aantal van de arbeidsvoorwaarden wordt in de arbeidsovereenkomst vermeld, maar niet allemaal. Er is in Nederland geen onderscheid tussen arbeidsvoorwaarden waarin zwart-wit wordt uitgemaakt of sommige daarvan essentiëler of meer primair zijn dan andere arbeidsvoorwaarden. Er zijn wel aanknopingspunten die aangeven welke voorwaarden belangrijker zijn.

Voor het wijzigen van arbeidsovereenkomsten zal telkens een belangenafweging plaatsvinden. Deze afweging kan via twee routes worden begaan. Het wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW is een regulering van de bedingen die werkgevers zelf begonnen toe te passen. Het artikel heeft de positie van de werknemer versterkt voor een schriftelijkheidseis, de eis van een zwaarwichtig belang bij de werkgever, en de eis dat de belangen van de werknemer alleen mogen wijken indien de redelijkheid en billijkheid dit toestaan. Deze wijzigingen hebben bestaansrecht omdat de werkgever niet zomaar mag beëindigen.

Zonder vooraf overeengekomen wijzigingsbeding kan een wijziging beoogd worden door een beroep te doen op het goed werknemerschap van de werknemer. Artikel 7:611 BW is de arbeidsrechtelijke variant van de redelijkheid en billijkheid. Via de arresten Taxi Hofman en Stoof/Mammoet is hiervoor de volgende doctrine ontwikkeld: De Hoge Raad gaf in het arrest Stoof/Mammoet aan dat de

¹³⁴ Heinsius e.a. 2009, p. 143.

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 als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. Hierbij moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, welke door de Hoge Raad in vijf punten worden opgesomd: de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven; de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel; het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming; de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan; en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Hiermee acht de Hoge Raad de werknemer afdoende beschermd tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en daarna moet worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevegd kan worden. Met deze zes criteria acht de Hoge Raad *“het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.”*

In een casus waarin een wijziging wordt beoogd zijn de feiten belangrijk. Hiermee worden de belangen van partijen tegen elkaar afgewogen. Indicatoren voor een redelijk voorstel zijn hoe hierover gecommuniceerd is, en of de gevolgen voor de werknemer worden verzacht, bijvoorbeeld door een overgangs- of compensatieregeling. Daarnaast is van belang welke voorwaarden gewijzigd worden. Naarmate de arbeidsvoorwaarden minder essentieel zijn is de kans op een redelijk wijzigingsvoorstel groter. Een voorstel is redelijker wanneer er oog is voor de (persoonlijke) gevolgen voor de werknemer, en wanneer er regelingen worden getroffen die de overgang verzachten en/of compenseren.

De Hoge Raad heeft tijd nodig gehad om beide wijzigingsmogelijkheden op elkaar af te stemmen. Het eenzijdig wijzigingsbeding en Taxi Hofman zijn ongeveer gelijktijdig in 1998 geïntroduceerd, en het was daarna eenvoudiger om te wijzigen zonder beding dan met beding. Ik heb uiteengezet waarom beide routes te gebruiken zijn voor zowel wijzigingen met een individuele achtergrond als wijzigingen met een collectieve achtergrond. De verschillende maatstaven die opgeworpen worden komen in verschillende omstandigheden aan bod. Uiteindelijk komt het neer op het feitelijke situatie en is de verhouding tussen de feitelijke omstandigheden van belangrelevant om de vraag te beantwoorden of een voorstel redelijk is. Maar dit neemt niet weg dat op de route, die werkgever en werknemer afleggen vóór de beoordeling van de redelijkheid, de gekozen wegen wel degelijk invloed hebben op de uitkomst.

Hoofdstuk 4: Verschillen in wijzigingsopties breder beschouwd

4.1 Inleiding

Na de beschrijving van de wijzigingsmogelijkheden tussen het algemeen verbintenissenrecht en het arbeidsrecht zal ik dit hoofdstuk de wijzigingsmogelijkheden in de twee rechtstelsels met elkaar vergelijken en dit vervolgens proberen te verklaren. Hierbij komen twee theoretische denkwijzen aan bod. Allereerst is er de institutionele theorie. Dit is een arbeidsrechtelijke theorie waarbij de arbeidsovereenkomst wordt gezien als 'toegangspas' waarmee de werknemer begint deel uit te maken van een groter organisatorisch geheel en zodoende dus vanuit die hoedanigheid een mate van flexibiliteit moet kunnen inhouden. Daarnaast is er de Relational Contract Theory, een sociologische benadering van overeenkomsten en verhoudingen tussen partijen, waarbij minder oog is voor de overeenkomst zelf en meer voor het doel van die overeenkomst. Deze laatste theorie ziet niet specifiek op het arbeidsrecht maar wel op duurovereenkomsten. Door de verschillen in overeenkomsten en wijzigingsdoctrines met elkaar te vergelijken in het licht van deze twee theorieën ga ik toetsen of zij voldoende recht doen aan het onderscheid wat tussen de overeenkomsten en hun wijzigingsdoctrines bestaat. Vanuit mijn bevindingen wil ik een aanbeveling doen over het karakter van arbeidsrechtelijke wijzigingsvoorstellen, welke ik vervolgens aan de rechtspraak zal toetsen.

4.2 Afwijkingen in arbeidsrechtelijke wijzigingsbevoegdheden

4.2.1 Opzeggingsvrijheid

De belangrijkste oorzaak voor het verschil is de arbeidsrechtelijke blokkade van de opzegging. In het algemene verbintenissenrecht is een overeenkomst altijd opzegbaar.¹³⁵ Dit is ook de reden dat in het algemeen verbintenissenrecht de bepalingen in contracten doorgaans niet voor wijzigingen vatbaar zijn: partijen hebben zich ertoe verbonden en horen in geval van ontevredenheid hierover de optie tot opzegging te gebruiken. Maar met het BBA 1945 wordt het uitgangspunt van het verbintenissenrecht, dat ieder van de partijen de arbeidsovereenkomst kan beëindigen door deze op te zeggen, doorkruist.¹³⁶ De werkgever heeft voor de opzegging van de arbeidsverhouding namelijk voorafgaande toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen nodig.

4.2.2 Contractvrijheid

De arbeidsverhouding tussen een werkgever en een werknemer wordt door het Nederlandse recht uitdrukkelijk op een contractuele leest geschoeid.¹³⁷ De partijen die hun positie van vrijheid naar gebondenheid brengen zijn volledig vrij om af te spreken op welke manier dit gebeurt, binnen de eerder genoemde grenzen van onder andere wet, openbare orde, goede zeden en de redelijkheid en

¹³⁵ HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn).

¹³⁶ Van Drongelen e.a. 2011, p. 91.

¹³⁷ Dorssemont 2005, p. 121.

billijkheid. Wat zij binnen een overeenkomst afspreken 'strekt de partijen tot wet'.¹³⁸ Een groot punt van kritiek op dit contractuele stelsel is dat de veronderstelde contractvrijheid niet bestaat in de manier waarop deze voor de theorie verondersteld wordt. De dwingendrechtelijke toepasselijkheid van Titel 7.10 BW zorgt voor een sterke beperking van de complete contractvrijheid die het algemene verbintenissenrecht kenmerkt. Wat betreft het loon moet rekening worden gehouden met het wettelijke minimumloon dat op grond van de WML bestaat en het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toestaat.¹³⁹ Ook is er de verplichting van artikel 7:659 BW om de arbeid persoonlijk te verrichten. Dit in tegenstelling tot de rest van het Burgerlijk Wetboek. Zo mag de werkgever de loonbetaling door een derde laten uitvoeren, en zelfs het werkgeversgezag is in beginsel vatbaar voor delegatie.¹⁴⁰ Van Slooten formuleerde de relativiteit van de contractvrijheid in het arbeidsrecht door te stellen dat de werknemer materieel onvrij is – de arbeidsovereenkomst is immers een dwangcontract voor velen – en de werkgever formeel onvrij – veroorzaakt door driekwart- of geheel dwingendrechtelijke bepalingen opgelegd door de wetgever.¹⁴¹ Ook een van toepassing zijnde collectieve arbeidsovereenkomst vult de vrijheid voor een groot deel in. De gemaakte overeenkomst moet door partijen worden nagekomen. Hierbij is van belang dat uitgegaan wordt van een gelijkwaardige positie die partijen tegenover elkaar hebben. Heerma van Voss stelde eveneens dat: *"dit contract toch al moet worden gecorrigeerd ter wille van de bescherming van de werknemer tegen het overwicht van de werkgever"*.¹⁴²

4.2.3 Momentopname

De overeenkomst in het algemeen verbintenissenrecht is een momentopname. Op een bepaald punt maken partijen afspraken en deze vormen de plichten en rechten die zij over en weer te verrichten of te vorderen hebben. Dit verhoudt zich niet altijd even goed met het karakter van duurovereenkomsten, en sluit ook niet naadloos aan op de arbeidsovereenkomst aangezien die een voortdurende verhouding tussen werkgever en werknemer creëert. Er wordt niet toegewerkt naar een eindprestatie, maar deze prestatie is voortdurend. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd duurt in principe voort tot de werknemer besluit te stoppen, bijvoorbeeld wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

4.2.4 Coöperatieve instelling

Van werknemers worden gedragingen verwacht die verder gaan dan wat binnen hun arbeidscontract wordt afgesproken.¹⁴³ Ten eerste als gevolg van de instructiebevoegdheid van artikel 7:660 BW. Niet alle verplichtingen binnen een arbeidsovereenkomst staan vooraf vast. De werknemer onderwerpt zich aan het gezag van zijn werkgever en de uitoefening van het werkgeversgezag manifesteert zich door bevelen, instructies die bij de aanvang nog onbekende of nog niet-bestaande verbintenissen in het leven zullen roepen.¹⁴⁴ En daarnaast met de vaag opgestelde norm van het

¹³⁸ "Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken degenen die dezelve hebben aangegaan tot wet" zoals dat stond in artikel 1374 lid 1 (oude) Burgerlijk Wetboek.

¹³⁹ Van Drongelen & Fase 2013, p. 119, verwijzend naar de arresten HR 8 april 1994, *JAR* 1994, 94 (Agfa/Schoolderman) en HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 (KLM/Parallel Entry).

¹⁴⁰ Dorsssemont 2005, p. 122.

¹⁴¹ Moonen 2004, p. 5, hierbij verwijzend naar J.M. Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer 1999, p. 64 – 65.

¹⁴² Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, p. 14.

¹⁴³ Van Slooten 2005, p. 8.

¹⁴⁴ Dorsssemont 2005, p. 122, verwijzend naar artikel 7:660 BW.

goedwerknemerschap. Zo moet een arbeidsongeschikte werknemer voor bepaalde werkzaamheden terug kunnen vallen op zijn collega's, tenzij de frequentie van de gevallen waarin hij een beroep op hen moet doen zo hoog is dat zulks niet van die collega's en evenmin van de werkgever gevergd kan worden.¹⁴⁵ De werkgever moet zich inspannen om ruzie tussen werknemers onderling op te lossen.¹⁴⁶ De werkgever heeft daarnaast het recht en de taak om de orde in de onderneming te bewaren, waarbij van hem verwacht mag worden dat hij een eigen positie inneemt en knopen doorhakt.¹⁴⁷ Bungener schrijft dat de arbeidsovereenkomst een coöperatieve instelling van de partijen vraagt. *“Het beginsel dat een overeenkomst moet worden nagekomen – pacta sunt servanda –, dat voor de overeenkomst geldt, blijkt voor de arbeidsovereenkomst minder strikt te gelden”*¹⁴⁸. Hij verklaart dit door te stellen dat de partijen nieuwe omstandigheden zullen ervaren en een zekere bereidheid zullen moeten tonen om zich daaraan aan te passen.¹⁴⁹

4.2.5 Wijzigingsinstrumenten

De beschreven “wringende punten” en gedragingen die verder gaan dan de reguliere contractuele verplichtingen vinden dus niet eenvoudig hun plaats in het contractueel beschreven arbeidsrecht. Het arbeidsrecht is daarom voorzien van instrumenten waarmee enige flexibilisering kon worden toegepast. De kern van deze specifieke arbeidsrechtelijke wijzigingsinstrumenten is het redelijke voorstel. Hier moet de werknemer positief op ingaan (Taxi Hofman), of is hij hier op voorhand al mee akkoord gegaan (wijzigingsbeding). De omstandigheden van het geval zijn hierbij bepalend voor de beoordeling of het voorstel redelijk is. Dit feitelijke kader kan van belang verschillen aan de hand van hoe hierover gecommuniceerd is, en of de gevolgen voor de werknemer worden verzacht, bijvoorbeeld door een overgangs- of compensatieregeling. Daarnaast is van belang welke voorwaarden gewijzigd worden. Naarmate de arbeidsvoorwaarden minder essentieel zijn is de kans groter dat een wijzigingsvoorstel om die arbeidsvoorwaarden te wijzigen als redelijk wordt bestempeld. Een voorstel is redelijker wanneer er oog is voor de (persoonlijke) gevolgen voor de werknemer, en wanneer er regelingen worden getroffen die de overgang verzachten en/of compenseren.

Toch worden de verschillen die ik heb benoemd niet volledig ondervangen door de specifieke arbeidsrechtelijke wijzigingsinstrumenten. Een arbeidsovereenkomst die voor wijziging in aanmerking komt, wordt bijgewerkt van een momentopname die niet meer (precies) past naar een momentopname die weer met de situatie overeen komt. Toch is hiermee geen oplossing bereikt. De feitelijke omstandigheden kunnen na een periode weer anders liggen. Zo kunnen omstandigheden verslechteren of verbeteren, maar in ieder geval weer voor een situatie zorgen waarin de aangepaste arbeidsvoorwaarden wéér niet aansluiten. Is het dan redelijk dat een arbeidsovereenkomst gewijzigd wordt en in een nieuwe status quo terecht komt? Hierop kom ik later terug. Eerst wil ik namelijk twee theorieën aanhalen die de problematiek in een ander perspectief plaatsen. Het institutionele stelsel en de Relational Contract Theory.

¹⁴⁵ HR 26 oktober 2001, *JAR* 2001, 238 (Bons/Ranzijn).

¹⁴⁶ Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127.

¹⁴⁷ Van Slooten 2005, p. 12.

¹⁴⁸ Bungener 2008, p. 365.

¹⁴⁹ Bungener 2008, p. 366.

4.3 De institutionele theorie

Het theoretische onderscheid tussen de contractuele en institutionele zienswijze is volgens Moonen geconcretiseerd door het Taxi Hofman-arrest.¹⁵⁰ Van der Heijden zag de Hoge Raad na Taxi Hofman eveneens als fervent en rigoureuus aanhanger van de institutionele theorie.¹⁵¹ Alvorens ik de institutionele theorie weergeef, wil ik opmerken dat deze theorie niet eenduidig wordt gedefinieerd door de auteurs die hem bespreken. Dorssemont geeft terecht aan dat dé institutionele theorie niet bestaat. Deze is “eenvoudig noch enkelvoudig¹⁵²”, en dient volgens hem sterk gerelativeerd te worden. Hij is kritisch over de wijze waarop de termen gebruikt worden: “*Sedert het Taxi Hofman-arrest wordt de institutionele analyse steeds in één adem genoemd met een contractuele analyse van de arbeidsverhouding. De draagwijdte van wat een institutionele analyse heet te zijn wordt vanuit die confrontatie verduidelijkt. (...) De betreffende analyses zijn veelal gespeend van rechtstheoretische of ideologiserende beschouwingen. Een institutionele analyse wordt daarbij opgevat als een analyse die toelaat de vermeende rigiditeit van de contractuele verankerde arbeidsvoorwaarden te overstijgen*¹⁵³”. Voor een uitgebreide bijdrage waarin hij behandelt hoe volgens hem de institutionele theorie tot wasdom is gekomen verwijs ik naar zijn onderzoeken.¹⁵⁴ Voor mijn onderzoek is namelijk minder van belang wat oorspronkelijke auteurs als Maurice Hauriou en Santi Romano als institutionele leer ontwikkelden. De draai die de Nederlandse juridische auteurs hieraan hebben gegeven is relevanter, omdat ik daarmee mijn bevindingen wil vergelijken.

In de institutionele theorie, die in arbeidsrechtelijke vraagstukken als tegenhanger van de contractuele theorie wordt gebruikt, bestaat een arbeidsverhouding niet als individuele zaak tussen één werkgever en één werknemer, maar als een onderdeel van een geheel, een institutie. “*Dat een strikt civielrechtelijke benadering velen niet bevredigde, was mede terug te voeren op het feit dat het besef doordrong, dat de factor arbeid meer was dan slechts handelswaar. De werkgever/patroon beschikte niet slechts over arbeidskracht, maar ook over de persoon van de arbeider en dus over een deel van diens leven zelf. Bovendien drong het inzicht door dat de arbeider, met de opkomst van de moderne fabriek, voor zijn levensonderhoud (en dat van zijn gezinsleden) van uitsluitend één persoon afhankelijk was geworden, wat de arbeider bijzonder kwetsbaar maakte*¹⁵⁵”.

Wijzigingen in de onderneming hebben invloed op de inhoud van het contract, en wat met de ene werknemer wordt afgesproken heeft invloed op de relatie met andere werknemers. De gemaakte overeenkomst moet gezien worden als duurovereenkomst, onderhevig aan wijzigende omstandigheden, en die dus binnen deze omstandigheden aanpassing kan vereisen. Men kan zich niet op een moment vastleggen voor een toekomst die onzeker is.¹⁵⁶ Zodoende wordt de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen niet zozeer bepaald door hetgeen contractueel is vastgelegd, maar meer door hetgeen voor een goed functionerende werkorganisatie noodzakelijk is.¹⁵⁷ Jacobs noemde de instandhouding van de onderneming een *conditio sine qua non* voor het

¹⁵⁰ Moonen 2004, p. 6.

¹⁵¹ P.F. van der Heijden, “Revolutie in het arbeidsrecht: privétisering”, *Arbeidsrecht*, 1999 8/9 p. 2.6.

¹⁵² Dorssemont 2005, p. 118.

¹⁵³ Dorssemont 2005, p. 119.

¹⁵⁴ F. Dorssemont, De onderneming: arbeidsgemeenschap of rechtsorde?, *TvP* 2003, p. 1313-1411.

¹⁵⁵ Loonstra 2003, p. 39-40.

¹⁵⁶ Heerma van Voss 1999, p. 121.

¹⁵⁷ Zondag 2002, p. 5.

voortbestaan van de arbeidsovereenkomst.¹⁵⁸ Hieruit mag worden afgeleid dat een verantwoorde bedrijfsvoering zwaarder weegt dan de belangen van een individuele werknemer. Loonstra tekent hierbij nog aan dat in het arbeidsrecht de personenrechtelijke component in een duurrelatie is geënt op juridische en economische afhankelijkheid, veel meer dan bij andere relaties waarin een zwakkere partij bestaat (zoals een consument bijvoorbeeld).¹⁵⁹

De twee stelsels vertegenwoordigen verschillende zienswijzen. De institutionele theorie geeft meer ruimte om de waarde van de arbeidsovereenkomst te kunnen verklaren. Heerma van Voss vergeleek de arbeidsovereenkomst in die zin ook wel met een bioscoopkaartje: het is een entreebiljet.¹⁶⁰ Of blijft de arbeidsovereenkomst de basis, en moeten contracten altijd worden nagekomen? Belangrijk is om aan te stippen dat de zienswijzen niet lijnrecht tegenover elkaar staan. Zondag stelt terecht dat een zuiver institutionele benadering, waarbij de hele rechtspositie van de werknemer uitsluitend in het licht van het ondernemingsbelang wordt beoordeeld, door niemand zal worden bepleit. Enerzijds wordt een dergelijk uitgangspunt niet wordt gedragen door de sociale werkelijkheid. Anderzijds is een zuiver individualistische benadering, waarbij geen rekening wordt gehouden met de belangen van de onderneming, evenmin wenselijk.¹⁶¹ Zondag pleit dan ook voor een balans tussen de behartiging van individuele werknemersbelangen en de behartiging van het ondernemingsbelang. Een balans die weer in verband met het contractuele wederkerigheidsbeginsel kan worden gebracht.

De extra waarden die aan de arbeidsovereenkomst worden toegedicht zorgen voor moeilijkheden. Hoe moeten deze op waarde worden geschat? Dit kon blijkbaar niet met de contractuele wijze van benaderen, anders was het institutionele stelsel niet nodig geweest. Maar op welke wijze dan wel? Het institutionele stelsel benoemt iets, zonder daar een strikte definitie (en dus oplossing) voor te geven. Dit is ook de grootste kritiek die op de institutionele theorie wordt geleverd: het benoemt een probleem, zonder met een oplossing of concrete definities te komen. Onder andere Van Slooten heeft kritiek op de vage begrippen die zijn gebruikt in het debat rondom de institutionele theorie, zoals 'institutie' of 'onderneming', waarbij niemand precies kon zeggen wat er onder wordt verstaan.¹⁶² Deze begrippen zijn onvoldoende onderscheidend, wat er volgens Van Slooten voor zorgt dat ze voor tegengestelde doelen kunnen worden aangewend. Het reorganiseren van een onderneming kan natuurlijk ingaan tegen het belang dat er bij de werknemers geen onderlinge arbeidsconflicten ontstaan. Van Slooten pleit er dan ook voor om niet op een vaag begrip als institutie af te gaan, maar op concretere derden.¹⁶³

Een ander belangrijk argument tegen het aanhangen van de institutionele leer is de kleine rol die deze uiteindelijk speelt in het Nederlandse arbeidsrecht. Zondag onderbouwt dit met de verdeeldheid die onder juridische auteurs heerste na het arrest, die niet unaniem erkennen dat de

¹⁵⁸ Dit deed hij volgens Zondag in A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 73.

¹⁵⁹ Loonstra 2003, p. 41.

¹⁶⁰ Heerma van Voss 1999, p. 120-121.

¹⁶¹ Zondag 2002, p. 13.

¹⁶² Van Slooten 2005, p. 17.

¹⁶³ "Derden zijn geen toevallige passanten, maar derden met wie langdurig en intensief contact bestaat. Denk hierbij aan collega's, vakbonden, uitzendkrachten, moeder- en zustermaatschappijen, kortom eenieder die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is betrokken, zonder daarbij partij te zijn. Deze derden maken het verschil tussen een arbeidscontract en een arbeidsorganisatie." Volgens Van Slooten is het juist deze organisatie die binnen de institutionele theorie voor eigen regels en belangen kan zorgen.

institutionele theorie bevestigd is met het Taxi Hofman-arrest¹⁶⁴. Daarnaast bestaat er maar een zeer beperkte doorwerking van de institutionele theorie op het Nederlandse arbeidsrecht.¹⁶⁵ Hij vindt ook geen fundamentele wijziging in de voorgaande ontwikkelingen. Ten slotte betoogt hij dat, indien de institutionele theorie zou worden aangehangen, deze benadering zich niet zou beperken tot het aanpassen van arbeidsovereenkomsten maar dat er een volledige doctrinevorming nodig zou zijn. Volgens Zondag heeft de institutionele leer alleen een functie vervuld “om bepaalde regels van het arbeidsrecht te verklaren en/of een pleidooi te voeren tot wijziging ervan”.¹⁶⁶ Het klopt dat de institutionele theorie uiteindelijk alleen in de wijzigingsleer een veelbesproken oogpunt heeft opgeleverd, en er in andere delen van het arbeidsrecht weinig discussie is gevoerd.

Bungener verwerpt het idee dat de institutionele theorie een toevoeging geeft aan de rechtsverhouding.¹⁶⁷ Het nut van het institutionele denken, namelijk dat daarmee binnen een rechtsverhouding plaats is voor het incorporeren van ontwikkelingen, kan volgens hem ook verwezenlijkt worden met behulp van contractuele instrumenten. Deze hebben als voordeel dat zij in de rechtswetenschap en praktijk volwaardig ontwikkeld zijn en daardoor rechtszekerheid en waarborgen kunnen bieden. Volgens Beltzer wordt de term ‘institutioneel’ gebruikt om de specifieke dynamiek die een onderneming doormaakt te kunnen definiëren.¹⁶⁸ Verder concludeert Bungener dat de redelijkheid en billijkheid als grondbeginsel in het overeenkomstenrecht gelden, en dat dit tweeledige instrument zowel flexibiliteit als bescherming biedt aan contractspartijen.¹⁶⁹ Volgens Van Slooten dient er ook oog te zijn voor meer dan alleen het organisatorische aspect van het institutionele stelsel: een wijziging kan ook op een andere grond dan alleen organisatie nodig zijn, zoals bijvoorbeeld de eigen aard van de arbeidsovereenkomst.¹⁷⁰ Juist de casus van Taxi Hofman laat dit goed zien.

Het lijkt mij dat het institutionele stelsel door auteurs werd omarmd omdat het een minder individualistische benadering van het arbeidsrecht inhield. Hierbij moet wel worden opgepast met de terminologie, want deze lijkt soms wel in te houden dat het institutionalisme door zijn collectieve benadering een socialer en meer op werknemers gericht beleid in zou houden. In het arbeidsrecht is het een standaard dat collectiviteit en gezamenlijk optreden voor een sterkere uitgangspositie van werknemers leidt. Terwijl het institutioneel gedachtegoed mijns inziens vooral zou leiden tot meer ruimte voor een werkgever om gebruik te maken van zijn sterke positie in de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. Het bedrijfsbelang is namelijk een instrument wat de werkgever doorgaans altijd in zal zetten bij het doorvoeren van wijzigingen in het stelsel van arbeidsovereenkomsten, of het nu gaat om ETO-redenen of individuele functiewijzigingen als in Taxi Hofman. Feit blijft dat met het institutionele stelsel meer mogelijkheden bestaan om voor het arbeidsrecht een “status aparte” te onderscheiden. Dit kan natuurlijk als ijdelheid kan worden

¹⁶⁴ Zondag 2002, p. 3-16.

¹⁶⁵ Hierbij noemt hij een aantal voorbeelden: de Hoge Raad bracht het anciënniteitsbeginsel niet in verband met de institutionele theorie in haar uitspraak van HR 28 maart 1997, *JAR* 1997, 90; het feit dat cao's vaak eerder als een “wapenstilstand” tussen werkgever en werknemers kunnen worden gezien in plaats van een “institution in volmaakte vorm”; de toen vernieuwde WAA en Arbeidstijdenwet waarin het belang van de werknemer voor de bedrijfsbelangen werd gesteld.

¹⁶⁶ Zondag 2002, p. 8.

¹⁶⁷ Bungener 2008, p. 367.

¹⁶⁸ Beltzer 2004, p. 32.

¹⁶⁹ Bungener 2008, p. 368.

¹⁷⁰ Van Slooten 1999, p. 66.

gezien, waarbij de wens de moeder van de gedachte is geweest, volgens mij zijn er zeker aanknopingspunten te vinden waarbinnen dit past.

Een keuze maken tussen contractueel en institutioneel is niet perse nodig, en is vaak ook niet gewenst. Zo kiest Dorssemont voor een gulden middenweg: *“Dit debat lijkt mij beter niet opgehangen te worden aan een vermeende oppositie tussen de rechtsfiguren ‘contract’ en ‘instituut’. Zinvoller lijkt ons het onderscheid tussen een ietwat karikaturale en rigide interpretatie en een meer eigentijdse, lenige of ‘institutionele’ inkleuring van de contractuele rechtstechniek¹⁷¹”*. Hij bestrijdt de tegenstelling en gaat liever verder met de vage norm van ‘goed werknemerschap en goed werkgeverschap’, waarin hij een meerwaarde ziet. Hij stelt dat deze sinds Taxi Hofman niet heeft opgehouden een integrerend onderdeel uit te maken van de contractuele rechtstechniek, en dat juist de vaagheid ervoor zorgt dat er genoeg ruimte is *“om de expliciete juridische normering van de arbeidsverhouding aan het concrete maatschappelijke leven aan te passen¹⁷²”*.

Het contractuele stelsel sluit niet altijd perfect aan wegens de complexiteit van het contract en de lange duur die het (hopelijk) heeft. Toch moeten alle omstandigheden van het geval ook de omstandigheden rondom de arbeidsovereenkomst kunnen bevatten, zodat alles contractueel kan worden opgelost. Hierbij dienen bepaalde aspecten hierbij niet uit het oog verloren te worden. Toch legt de institutionele theorie terecht de vinger op de volgende zere plekken. Een werknemer werkt niet als individu in een organisatie, maar als radertje tussen vele andere werknemers. De arbeidsovereenkomst is als duurovereenkomst al anders dan reguliere overeenkomsten, en het feit dat deze zich binnen een onderneming afspeelt zorgt ervoor dat de omstandigheden waarin de onderneming verkeert daarop (grote) invloed hebben. Hierbij is het belang van een goed functionerende onderneming zeer groot. Ondanks het gegeven dat de institutionele theorie niet met heldere definities kan komen, kan iedereen aanvoelen dat een strikt contractuele benadering van arbeid lastig is. De wijzigingsmogelijkheden die het arbeidsrecht heeft gekregen geven kans voor flexibiliteit. Hierdoor is het doel achter de institutionele leer binnen de contractuele context toegelaten, en kan daar met behulp van de redelijkheid en billijkheid een beroep op worden gedaan.

4.4 Relational Contract Theory

De pijnpunten die de institutionalisten aanstippen bij de contractuele theorie kunnen ook bekeken worden vanuit een ander gezichtspunt, namelijk dat van de Relational Contract Theory. Deze theorie is ontstaan uit Anglo-Amerikaans onderzoek van professor Ian MacNeil. Machteld de Hoon heeft voor haar onderzoek naar conflictbeheersing bij opzegging van (duur) overeenkomsten de onderzoeken van MacNeil gebruikt en binnen een Nederlands kader geplaatst, waarin zij haar eigen bevindingen aan de theorie heeft toegevoegd.¹⁷³ De Relational Contract Theory werpt een meer sociologische blik op hoe contractpartijen deelnemen aan een complexe lange termijn overeenkomst. MacNeil stelde dat het doel van de overeenkomst niet het contract zelf, maar uitwisseling (exchange) van goederen moet zijn. Juristen zouden dit te vaak uit het oog verliezen. Dus bij het opstellen van een overeenkomst, moeten partijen eerst denken aan uitwisseling, en daarna pas aan de juridische invulling daarvan. MacNeil onderscheidt eenmalige transacties en relationele transacties. Eenmalige transacties voeren een eenvoudige overdracht van goederen uit, terwijl de

¹⁷¹ Dorssemont 2005, p. 123.

¹⁷² Dorssemont 2005, p. 123.

¹⁷³ De Hoon 2006, p. 101-106.

relationele transacties moeilijker zijn, en vaak langdurige overeenkomsten in leven roepen zoals arbeids- of huurcontracten. MacNeil stelde dat het contractenrecht voor eenmalige transacties is geschreven, maar dat 90% van alle contracten relationeel is. Contractenrecht is volgens MacNeil dus vaak ongeschikt om in te spelen op veranderende omstandigheden, omdat dan de verplichtingen tussen partijen gewijzigd moeten worden.¹⁷⁴ De theorieën van MacNeil zijn toepasbaar op het arbeidsrecht omdat de arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst is die zorgt voor een duurzame verbintenis tussen twee partijen. Zeker omdat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd nog steeds de norm zijn is het interessant om de relationele aspecten hiervan naar voren te halen.

De Relational Contract Theory stelt dat de klassieke theorie echter naar alle contracten kijkt alsof ze eenmalig zijn, en verwacht zij dat alles in de oorspronkelijke overeenkomst wordt uitgewerkt. Hierdoor heeft het contractenrecht grote moeite met het omgaan met latere wijzigingen. In de praktijk worden dergelijke situaties doorgaans afgehandeld door samenwerking tussen partijen in de vorm van onderhandeling, maar de klassieke contractrechtelijke theorie biedt weinig tot geen ruimte voor de erkenning van een dergelijk proces. De reactie van de gerechtelijke instanties, wanneer zij proberen om de klassieke theorie toe te passen op dergelijke situaties, kan zijn om 'uitzonderingen' te ontwikkelen. Hiermee trachten zij het algemene doel van het contract intact te laten, terwijl ze het in feite ondermijnen.¹⁷⁵

MacNeil's voorstel is dat het vertrouwen, wat de klassieke theorie heeft in het individuele rationele eigenbelang als de heersende norm voor de contractuele transacties moet worden vervangen door tien 'voorkomende contract normen'.¹⁷⁶ Hiervan wil ik er enkele bespreken omdat ik denk dat ze een toevoeging zijn voor de manier waarop naar de arbeidsrechtelijke relatie wordt gekeken. Dit zijn wederkerigheid, flexibiliteit, en contractuele solidariteit.¹⁷⁷ Met wederkerigheid bedoelt MacNeil dat deelnemers van een interactie ervoor kiezen aan die interactie deel te nemen omdat ze verwachten voor datgene wat ze geven iets terug te krijgen. Hierbij kan gedacht worden aan een werknemer die zich in een bepaalde functie specialiseert om zo binnen een onderneming een specifieke soort arbeid te kunnen verrichten. Met flexibiliteit wordt gedrag beschreven waarbij partijen zich aanpassen aan niet voorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen gedurende de samenwerking, dit speelt volgens MacNeil en De Hoon met name in complexe relaties. Simpelweg omdat daar vanwege de complexiteit van de interactie, de beperkte hoeveelheid aan informatie bij het sluiten van de overeenkomst, en de langere duur van de overeenkomst niet voorziene externe sociale en economische factoren een rol kunnen gaan spelen.¹⁷⁸ Contractuele solidariteit is vereist om interactie plaats te kunnen laten vinden.

Er zijn ook enkele afzonderlijke normen toe te passen op de vraag of het contract min of meer eenmalig of relationeel is. De relationele normen zijn 'behoud van de relatie' en 'harmonisatie van het relationeel conflict'. Hiermee wordt bedoeld dat de oplossing van problemen die zich tijdens een langdurig, of relationeel, contract voordoen een onderdeel vormt van de bij een overeenkomst

¹⁷⁴ De Hoon 2006, p. 98 e.v.

¹⁷⁵ MacNeil 1980, p. 163.

¹⁷⁶ De Hoon 2006, p. 101.

¹⁷⁷ MacNeil 1980, p. 163 e.v. en De Hoon 2006 p. 101 e.v.

¹⁷⁸ De Hoon 2006, p. 103.

horende normen. Dit in tegenstelling tot dat partijen zich op hun rechten beroepen en deze rechtens afdwingen. Hierbij kunnen zij 'softere' instrumenten gebruiken zoals overleg.¹⁷⁹

De grootste kritiek waar MacNeil mee te kampen kreeg is dat hij een geromantiseerd beeld van contracten schetst.¹⁸⁰ Hij zou te abstract blijven en de openheid die hij voorstaat zal in de meeste (zakelijke) contexten niet door partijen worden gegeven. Deze kritiek is mijns inziens zonder meer terecht. MacNeil houdt geen rekening met de situatie waarin de partijen een groter belang hebben bij het niet nakomen van het contract dan bij het wel nakomen van het contract. Hierbij valt te denken aan leveranciers die verlies beginnen te draaien omdat hun grondstofprijzen stijgen terwijl ze voor een vaste prijs moeten blijven leveren. Maar voor het arbeidsrecht hoeft deze kritiek niet altijd op te gaan. Natuurlijk heeft een werkgever die écht in zwaar weer verkeert weinig alternatieven: hij zal (riante) arbeidsvoorwaarden moeten versoberen. Maar er zijn voldoende situaties denkbaar waarbij dit niet hoeft en alternatieven denkbaar zijn. En, het meest belangrijk voor dit onderzoek, een versobering van arbeidsvoorwaarden die voortkomt uit economisch zwaar weer kan natuurlijk op meer begrip van de werknemer rekenen wanneer deze weet dat de wijziging wordt teruggedraaid zodra de financiële positie van de werkgever dit weer toelaat.

Werkgever en werknemer gaan samen akkoord met een samenwerking voor langere duur. Hierbij is het vanzelfsprekend dat er een zekere flexibiliteit verwacht wordt, eventueel zelf de bereidheid om voor elkaar een klap op te vangen. Dit is met de Taxi Hofman-formule¹⁸¹ en het wijzigingsbeding mogelijk. Maar hierbij wordt uit het oog verloren dat partijen ook na de wijziging nog steeds met elkaar door gaan. Omstandigheden die tot wijziging nopen zijn niet statisch: zij zullen ook weer op een beter niveau komen. Hiervoor is in mijn ogen te weinig oog.

4.5 Meer recht aan de kritieken van de institutionele en relationele theorieën door middel van tijdelijke wijziging van arbeidsvoorwaarden?

Tijdens het bestuderen van de verschillen tussen het algemene verbintenissenrecht en het arbeidsrecht met betrekking tot de wijzigingsdoctrines schoot een idee wortel. Waarom zouden wijzigingen voor een nieuwe status quo moeten zorgen? Is het niet logischer dat een werknemer van zijn werkgever (in nood) mag verwachten dat, indien hij een voorstel tot wijziging in beloning wegens economisch zware tijden aanvaard, dat hij ook mag verwachten dat die wijziging weer wordt teruggedraaid als het economisch weer voorspoedig gaat? Natuurlijk komen niet alle wijzigingen hiervoor in aanmerking. Grote collectieve harmonisaties, zoals na een overname, verhouden zich niet goed met een tijdelijk karakter. Maar met name bij wijzigingen die zich richten op (tijdelijke) lastenverlichting voor de werkgever, bijvoorbeeld wegens teruglopende winstcijfers, zou dit kunnen passen. De werkgever moet immers toch al de feiten en omstandigheden die tot de wijziging nopen stellen en bewijzen. Dan kan van hem ook gevergd worden om aan te geven waarom de regelingen onder de vroegere omstandigheden wel plaats konden vinden en wat ervoor nodig is om ze te kunnen laten herleven.

¹⁷⁹ Stone 1994, p. 9.

¹⁸⁰ De Hoon 2006, p. 105, verwijzend naar G. Teubner, 'Contracting World, The Many Autonomies of Private Law', *Social & Legal Studies* 2000, p. 399 – 417.

¹⁸¹ Inclusief de latere toevoegingen in de rechtspraak zoals van HR 11 juli 2008, *RAR* 2008, 128 Stoof/Mammoet.

Zo wordt opnieuw aansluiting gevonden bij het contractuele dogma *pacta sunt servanda*: afspraken moeten worden nagekomen. Wanneer in ‘goede tijden’ een afspraak wordt gemaakt, welke in ‘slechte tijden’ niet kan worden nagekomen, moet deze afspraak kunnen herleven op het moment dat de omstandigheden weer teruggeklommen zijn naar het niveau waar de verbintenis werd overeengekomen. Een wijzigingsvoorstel sluit op deze manier beter aan bij de in Hoofdstuk 1 besproken zienswijze van Bakker, waarin hij de redelijkheid en billijkheid ziet als een *“diep in het maatschappelijke gebeuren geworteld, menselijk handelingspatroon, dat constitutief moet worden geacht voor elke vorm van zinvol menselijk samenleven.”*¹⁸² En dat partijen dus altijd rekening moeten blijven houden met elkaanders belangen. Dat zou dan ook betekenen: nadat de tot wijziging nopende omstandigheden voorbij zijn. Het is ook proportioneel omdat de wijziging alleen duurt voor de periode waarin deze nodig is. Hiermee kan meer maatwerk geleverd worden. Een voorstel kan op deze manier alleen aan redelijkheid en billijkheid toenemen.

De institutionele theorie heeft haar bestaansrecht vanuit de kritieken op de starre verhoudingen die het contractuele recht creëert. Door een wijziging van meer dynamiek te voorzien kan een beter aansluitend voorstel worden gedaan. Maatwerk, als het ware. Als de wijzigingen in een onderneming, die invloed hebben op het contract, ervoor zorgen dat een werknemer hiermee rekening moet houden, moet die dynamiek ook de andere kant op kunnen werken. Simpler nog, zodra de omstandigheden die het wijzigingsvoorstel redelijk maken zich hebben hersteld, zou een wijziging in de omgekeerde richting weer redelijk zijn.

Het karakter van de arbeidsovereenkomst zorgt per definitie voor een relationele verhouding tussen werkgever en werknemer. Het voordeel van een wijziging met een tijdelijk karakter, is dat de originele opzet van het contract na verloop van tijd terug komt. Hierdoor wordt het algemene doel van het contract intact gelaten en niet door tussentijdse ingrepen ondermijnd. Daarnaast krijgt het relationele aspect een kans: een werknemer weet dat de situatie tijdelijk is en teruggedraaid wordt zodra dat mogelijk is. Op die manier kunnen partijen meer wederkerigheid verwachten, en zullen zij zich sneller flexibel opstellen.

4.6 Toetsing van vergelijking aan uitspraken

Om mijn idee te toetsen aan de rechtspraak heb ik een kleine selectie gemaakt van casuïstiek die zich leent voor mijn idee.¹⁸³ Het doel is niet om een breed empirisch onderzoek te doen, daarvoor leent mijn masterscriptie zich niet. Wat wel duidelijk wordt is hoe mijn idee een toevoeging aan de praktijk kan vormen.

In een zaak¹⁸⁴, hierna de Interwerk-zaak genoemd, werd een tijdelijk wijzigingsvoorstel gedaan: *“Interwerk heeft op 11 oktober 2012 een personeelsbijeenkomst georganiseerd. [eiseres] was daarbij niet aanwezig. Interwerk heeft bij die gelegenheid aan de hand van sheets uiteengezet dat er sprake was van een overname door NCOD en dat er om het bedrijf niet failliet te laten gaan aan het personeel een loonoffer zou worden gevraagd van 10% van het brutoloon over de periode van 1 november 2012 tot 1 januari 2014.”* Omdat er geen wijzigingsbeding was opgenomen werd dit

¹⁸² Besproken in Hoofdstuk 2, p. 10.

¹⁸³ Geraadpleegd: www.rechtspraak.nl met de zoekwoorden “wijziging” en “arbeidsvoorwaarde”. De resultaten die geen wijziging van arbeidsvoorwaarden betroffen heb ik niet meegenomen in het onderzoek.

¹⁸⁴ Rechtbank Oost-Nederland 27 maart 2013 LJN: CA0060 (Interwerk).

voorstel aan de Taxi Hofman-formule getoetst. De kantonrechter besluit dat het voorstel niet in redelijkheid van de werknemer kan worden geveerd aangezien volgens hem moeilijke bedrijfseconomische omstandigheden vrijwel nooit een verplichting tot medewerking aan een loonsverlaging kan kunnen meebrengen.

In een zaak van Capgemini¹⁸⁵ is een tijdelijk wijzigingsvoorstel (onder andere) afgekeurd door de kantonrechter, omdat hij hierbij, naast andere overwegingen, in aanmerking nam *“dat de verwachting van de verzekeringsgeneeskundige was dat de functionele mogelijkheden van [verzoekster] op lange termijn wezenlijk zouden verbeteren. Dit herstel was dus bepaald niet hypothetisch.”* Gezien deze overweging zou een tijdelijke wijziging die in geval van herstel teruggedraaid het voorstel aan redelijkheid hebben kunnen doen toenemen.

In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam was een medewerker van een Forensische Verslavings Kliniek (hierna: FVK) verplaatst naar een reguliere verslavingskliniek omdat haar partner in de FVK was opgenomen en het gerucht ging dat zij Ritalin pillen voor hem binnen smokkelde. Zij heeft dit met succes bestreden in kort geding omdat de rechter, waaruit een van diens overwegingen was dat de overplaatsing mede onredelijk was aangezien haar partner na enkele weken overgeplaatst zou worden.¹⁸⁶ Het voorstel van de werkgever had ook het objectieve criterium kunnen inhouden dat ze terug zou kunnen keren op het moment dat haar partner overgeplaatst was.

Uit deze zaken blijkt dat tijdelijke wijzigingen al voorkomen in de voorstellen van Nederlandse werkgevers. Hierbij gaat het echter wel om voorstellen die veel beter onderbouwd hadden kunnen worden. In de Interwerk-zaak was het voorstel minder vergaand geweest indien er een aantal criteria waren genoemd waarbij de wijziging van rechtswege terug zou draaien. Door voor een tijdelijke wijziging te kiezen wordt wel meer rechtszekerheid verzorgd, de werknemers weten immers precies tot wanneer hun financiële positie is gewijzigd, maar wanneer de omstandigheden eerder winstgevend zouden worden zou dit niet redelijk zijn. Zodoende zou de eis om een automatisch herstel bij het behalen van objectief bepaalbare criteria wijzigingsvoorstellen meer recht doen aan de redelijkheid en billijkheid.

4.7 Conclusie

Het arbeidsrecht wijkt in een aantal punten af van het algemene verbintenissenrecht. Dit zijn met name de opzeggingsvrijheid die wordt verhinderd door het BBA 1945, de contractsvrijheid die wordt beperkt door onder andere Titel 7.10, de WML, en de ongelijke positie tussen werknemer en werkgever. Daarnaast zie je ook verschillen in de lange duur van de overeenkomst in tegenstelling tot eenmalige transacties, en de coöperatieve instelling die van werknemers wordt verwacht, zowel tegenover hun leidinggevend en de onderneming als tegenover hun collega's.

Het contractuele stelsel sluit niet altijd perfect aan wegens de complexiteit van het contract en de lange duur die het (hopelijk) heeft. Maar alle omstandigheden van het geval moeten ook de omstandigheden van de arbeidsovereenkomst kunnen bevatten, zodat alles contractueel kan worden opgelost. Bepaalde aspecten dienen hierbij niet uit het oog verloren te worden. Hierbij legt de institutionele theorie terecht de vinger op de volgende zere plekken. Een werknemer werkt niet als

¹⁸⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5224

¹⁸⁶ Rechtbank Rotterdam 8 oktober 2012, LJN BY5534

individu in een organisatie, maar als radertje tussen veel andere werknemers. De arbeidsovereenkomst is als duurovereenkomst al anders dan reguliere overeenkomsten en het feit dat deze zich binnen een onderneming afspeelt zorgt ervoor dat de omstandigheden waarin de onderneming verkeert daarop grote invloed hebben. Hierbij is het belang van een goed functionerende onderneming zeer groot. En ondanks dat de institutionele theorie niet met heldere definities kan komen, kan iedereen aanvoelen dat een strikt contractuele benadering van arbeid lastig is.

Hoge Raad heeft met Taxi Hofman gekozen voor een eigen redelijkheidstoets binnen het arbeidsrecht, waarbij niet teveel gekeken moet worden naar artikel 6:248 BW maar meer rekening gehouden wordt met de eigenschappen van de arbeidsovereenkomst. (uit de behandeling van het contractuele stelsel komt naar voren waarom dat nodig is). Werkgever en werknemer gaan samen akkoord met een samenwerking voor langere duur. Hierbij is het vanzelfsprekend dat er een zekere flexibiliteit verwacht wordt, eventueel zelf de bereidheid om voor elkaar een klap op te vangen. Dit is met de Taxi Hofman-formule¹⁸⁷ en het wijzigingsbeding mogelijk. Maar hierbij wordt uit het oog verloren dat partijen ook na de wijziging nog steeds met elkaar door gaan. Omstandigheden die tot wijziging nopen zijn niet statisch: zij zullen ook weer op een beter niveau komen. Hiervoor is te weinig oog.

De overeenkomst is een momentopname, wat zich niet goed verhoudt met de aan veranderingen onderhevige arbeidsrelatie. Gerechtelijke instanties ontwikkelen uitzonderingen wanneer zij wijzigingen toepassen. Hiermee trachten zij het algemene doel van het contract intact te laten, terwijl ze het in feite ondermijnen. Volgens de Relational Contract Theory moeten partijen meer bezig zijn met hun oorspronkelijke doel en van daaruit elkaar helpen met wederkerigheid, flexibiliteit, en contractuele solidariteit. Tevens relationele normen als 'behoud van de relatie' en 'harmonisatie van het relationeel conflict' zijn van belang. Terecht stelt MacNeil dat het oplossen van conflicten die zich voordoen tijdens een contract deel uitmaken van het contract.

Er is te weinig oog voor de blijvende gevolgen van een wijziging. Het contract wordt uiteen gereten en dient daarom zo dicht mogelijk bij de originele wilsovereenstemming te blijven. Maar een wijziging zorgt er niet voor dat het einde van de tot een wijziging nopen de factoren nooit bereikt zal worden. Je kan dus wachten tot die omstandigheden weggevloeid zijn waardoor de wijziging kan worden teruggedraaid. Dit kan door de wijziging van rechtswege terug te laten draaien op het moment dat objectief bepaalbare criteria worden behaald. Hierbij zijn arbeidsvoorwaarden en situaties die zich daar beter voor lenen dan andere. Zou zich beter verhouden tot de nieuwe werkelijkheid op de arbeidsmarkt. Tevens een nieuwe vorm van flexibiliteit ontwikkelen. Zou ook het voorstel wat door de werkgever gedaan wordt *redelijker* maken. Dit is ook beter voor het behoud van werk, want partijen zijn sneller geneigd bijeen te blijven wanneer zij meer van elkander kunnen verwachten.

Ik ben van mening dat de Hoge Raad het relationele aspect van de arbeidsovereenkomst hiermee onvoldoende waardeert. Werkgever en werknemer zijn een duurovereenkomst aangegaan, zeker in gevallen waarin een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. Een wijzigingsvoorstel wordt als een momentopname beoordeeld. Ik pleit daarom voor meer oog voor het relationele

¹⁸⁷ Inclusief de latere toevoegingen in de rechtspraak zoals van HR 11 juli 2008, *RAR* 2008, 128 Stoof/Mammoet.

Masterscriptie Bert van den Boom:

De wijzigingsmogelijkheden van het arbeidsrecht breder beschouwd

aspect, en voor meer tijdelijke wijzigingen. Rechters spreken zich voor of tegen een wijziging uit, en baseren zich daarvoor op een bepaald feitencomplex. Er zijn situaties denkbaar waarin deze feiten na verloop van tijd weer veranderen. Rechters kunnen zodoende hun beslissing beter motiveren, beter aanduiden welke feiten zorgen voor hun beslissing. Hieraan kunnen zij dan objectieve criteria verbinden. En zodra deze criteria voldoende zijn veranderd (denk aan winstmarges, omzetgroei, of teruggebrachte onkosten) zou een wijziging van rechtswege kunnen worden teruggedraaid. De keuze voor de genoemde voorbeelden is niet gemaakt om de onderneming tot winstmachine te devalueren, maar is gebaseerd op de objectieve bepaalbaarheid van de criteria.

Dit kan zorgen voor minder rechtszekerheid, maar de zoektocht naar rechtszekerheid binnen wijzigingsvoorstellen is echter per definitie een heilige graal die niet gevonden gaat worden. Redelijkheid en billijkheid vereisen namelijk een zekere flexibiliteit, de mogelijkheid om binnen de specifieke omstandigheden van een casus te kunnen beslissen wat in juist dat concrete geval de uitkomst is. Dat verhoudt zich niet met een strikt omlijnende wijzigingsdoctrine: er moet juist ruimte bestaan om de feiten te wegen en op de meest redelijke wijze de knoop door te kunnen hakken.

Hoofdstuk 5: Conclusie en aanbeveling

Een overeenkomst markeert de overgang van partijen van vrijheid naar gebondenheid, en komt tot stand wanneer twee partijen hun wil uiten door middel van een rechtshandeling. De contractvrijheid zorgt ervoor dat partijen in het algemene verbintenissenrecht volledig vrij zijn in waartoe zij zich verbinden. Een overeenkomst is een momentopname: partijen komen op een punt hun afspraken overeen, maar in de loop van de tijd kunnen deze afspraken anders uitpakken waarna het gemeenschappelijke doel voor een der partijen nadeliger uitpakt. Het Nederlands verbintenissenrecht houdt vast aan een (sterke) contractuele gebondenheid aan het gegeven woord. *Pacta sunt servanda*. Daarom is het van belang te weten wat een partij zelfstandig kan doen in geval van uiteenlopende belangen. Wanneer dit probleem bij het ontstaan van de overeenkomst al optreedt, zijn er mogelijkheden voor de benadeelde partij in de vorm van een beroep doen op wilsgebreken. In geval van tekortkomingen zijn gedeeltelijke ontbinding en opzegging onder bepaalde omstandigheden mogelijk. Deze mogelijkheden zijn echter uitgesloten op het moment dat de overeenkomst bij aanvang aan de wil aansluit en de wederpartij deze naar behoren uitvoert. Ontbinden zorgt voor het verdwijnen van de overeenkomst, waardoor dit een rigoureuze oplossing is om een verschil in wilsovereenstemming op te lossen. Bij het wijzigen van een overeenkomst blijft de overeenkomst in stand en kan het beoogde rechtsgevolg zoveel mogelijk verwezenlijkt worden, waarbij de belangen van de partijen het best behartigd kunnen worden.

De redelijkheid en billijkheid maken deel uit van de overeenkomst. Deze geven een tot partijen gerichte gedragsnorm, waarbij zowel bestaande als nieuwe omstandigheden kunnen worden verdisconteerd in de overeenkomst. Overeenkomsten kunnen worden aangevuld en beperkt, en door middel van *imprévision* kunnen overeenkomsten worden gewijzigd na het optreden van onvoorziene omstandigheden die niet voor rekening van de daardoor benadeelde partij behoren te komen. Dat dit met een terughoudendheid wordt benaderd door de rechter is een gevolg van de (sterke) contractuele gebondenheid. Desalniettemin worden partijen gedwongen hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, wat ervoor zorgt dat een beroep op wijziging onder omstandigheden toelaatbaar is. Voor de wijziging van overeenkomsten zijn omstandigheden vereist die hiertoe nopen. Er is echter nog geen standaardjurisprudentie te onderscheiden die voorschrijft dat partijen gehouden zijn om bij gewijzigde omstandigheden een redelijk wijzigingsvoorstel van een contractspartij door de wederpartij in redelijkheid te aanvaarden. Omdat de aangegane overeenkomst zich tot de partijen strekt als wet rest hen veelal alleen de optie om de overeenkomst op te zeggen.

Diezelfde redelijkheid en billijkheid spelen door in het arbeidsrecht vanwege de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek. Hierbij heeft de wetgever extra bepalingen opgenomen om de zwakkere positie van de werknemer te compenseren. Deze zijn dwingend van toepassing op alle arbeidsovereenkomsten. Een overeenkomst wordt automatisch een arbeidsovereenkomst als aan enkele elementen wordt voldaan. Een aantal van de arbeidsvoorwaarden wordt in de arbeidsovereenkomst vermeld, maar niet allemaal. Er is in Nederland geen onderscheid tussen

arbeidsvoorwaarden waarin zwart-wit wordt uitgemaakt of sommige daarvan essentiëler of meer primair zijn dan andere arbeidsvoorwaarden. Er zijn wel aanknopingspunten die aangeven welke voorwaarden belangrijker zijn.

Voor het wijzigen van arbeidsovereenkomsten zal telkens een belangenafweging plaatsvinden. Deze afweging kan via twee routes worden begaan. Het wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW is een regulering van de bedingen die werkgevers zelf begonnen toe te passen. Het artikel heeft de positie van de werknemer versterkt voor een schriftelijkheidseis, de eis van een zwaarwichtig belang bij de werkgever, en de eis dat de belangen van de werknemer alleen mogen wijken indien de redelijkheid en billijkheid dit toestaan. Deze wijzigingen hebben bestaansrecht omdat de werkgever niet zomaar mag beëindigen.

Zonder vooraf overeengekomen wijzigingsbeding kan een wijziging beoogd worden door een beroep te doen op het goed werknemerschap van de werknemer. Artikel 7:611 BW is de arbeidsrechtelijke variant van de redelijkheid en billijkheid. Via de arresten Taxi Hofman en Stoof/Mammoet is hiervoor de volgende doctrine ontwikkeld: De Hoge Raad gaf in het arrest Stoof/Mammoet aan dat 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 als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. Hierbij moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, welke door de Hoge Raad in vijf punten worden opgesomd: de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven; de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel; het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming; de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan; en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Hiermee acht de Hoge Raad de werknemer afdoende beschermd tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en daarna moet worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevegd kan worden. Met deze zes criteria acht de Hoge Raad "het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd."

In een casus waarin een wijziging wordt beoogd zijn de feiten belangrijk. Hiermee worden de belangen van partijen tegen elkaar afgewogen. Indicatoren voor een redelijk voorstel zijn hoe hierover gecommuniceerd is, en of de gevolgen voor de werknemer worden verzacht, bijvoorbeeld door een overgangs- of compensatieregeling. Daarnaast is van belang welke voorwaarden gewijzigd worden. Naarmate de arbeidsvoorwaarden minder essentieel zijn is de kans op een redelijk wijzigingsvoorstel groter. Een voorstel is redelijker wanneer er oog is voor de (persoonlijke) gevolgen voor de werknemer, en wanneer er regelingen worden getroffen die de overgang verzachten en/of compenseren.

De Hoge Raad heeft tijd nodig gehad om beide wijzigingsmogelijkheden op elkaar af te stemmen. Het eenzijdig wijzigingsbeding en Taxi Hofman zijn ongeveer gelijktijdig in 1998 geïntroduceerd, en het was daarna eenvoudiger om te wijzigen zonder beding dan met beding. Ik heb uiteengezet waarom beide routes te gebruiken zijn voor zowel wijzigingen met een individuele achtergrond als wijzigingen met een collectieve achtergrond. De verschillende maatstaven die opgeworpen worden komen in

verschillende omstandigheden aan bod. Uiteindelijk komt het neer op het feitelijke situatie en is de verhouding tussen de feitelijke omstandigheden van belangrelevant om de vraag te beantwoorden of een voorstel redelijk is. Maar dit neemt niet weg dat op de route, die werkgever en werknemer afleggen vóór de beoordeling van de redelijkheid, de gekozen wegen wel degelijk invloed hebben op de uitkomst.

Het arbeidsrecht wijkt in een aantal punten af van het algemene verbintenissenrecht. Dit zijn de opzeggingsvrijheid die wordt verhinderd door het BBA 1945, de contractsvrijheid die wordt beperkt door onder andere Titel 7.10, de WML, de ongelijke positie tussen werknemer en werkgever, en andere regelingen. Daarnaast zie je ook verschillen in de lange duur van de overeenkomst in tegenstelling tot eenmalige transacties, en de coöperatieve instelling die van werknemers wordt verwacht, zowel tegenover hun leidinggevenden en de onderneming als tegenover hun collega's.

Het contractuele stelsel sluit niet altijd perfect aan wegens de complexiteit van het contract en de lange duur die het (hopelijk) heeft. Maar alle omstandigheden van het geval moeten ook de omstandigheden van de arbeidsovereenkomst kunnen bevatten, zodat alles contractueel kan worden opgelost. Maar bepaalde aspecten dienen hierbij niet uit het oog verloren te worden. Toch legt de institutionele theorie terecht de vinger op de volgende zere plekken. Een werknemer werkt niet als individu in een organisatie, maar als radertje tussen vele andere werknemers. De arbeidsovereenkomst is als duurovereenkomst al anders dan reguliere overeenkomsten en het feit dat deze zich binnen een onderneming afspeelt zorgt ervoor dat de omstandigheden waarin de onderneming verkeert daarop grote invloed hebben. Hierbij is het belang van een goed functionerende onderneming zeer groot. En ondanks dat de institutionele theorie niet met heldere definities kan komen, kan iedereen aanvoelen dat een strikt contractuele benadering van arbeid lastig is.

Hoge Raad heeft met Taxi Hofman gekozen voor een eigen redelijkheidstoets binnen het arbeidsrecht, waarbij niet teveel gekeken moet worden naar artikel 6:248 BW, maar meer rekening gehouden wordt met de eigenschappen van de arbeidsovereenkomst. (uit de behandeling van het contractuele stelsel komt naar voren waarom dat nodig is). Werkgever en werknemer gaan samen akkoord met een samenwerking voor langere duur. Hierbij is het vanzelfsprekend dat er een zekere flexibiliteit verwacht wordt, eventueel zelf de bereidheid om voor elkaar een klap op te vangen. Dit is met de Taxi Hofman-formule¹⁸⁸ en het wijzigingsbeding mogelijk. Maar hierbij wordt uit het oog verloren dat partijen ook na de wijziging nog steeds met elkaar door gaan. Omstandigheden die tot wijziging nopen zijn niet statisch: zij zullen ook weer op een beter niveau komen. Hiervoor is te weinig oog.

De overeenkomst is een momentopname, wat zich niet goed verhoudt met de aan veranderingen onderhevige arbeidsrelatie. Gerechtelijke instanties ontwikkelen uitzonderingen wanneer zij wijzigingen toepassen. Hiermee trachten zij het algemene doel van het contract intact te laten, terwijl ze het in feite ondermijnen. Volgens de Relational Contract Theory moeten partijen meer bezig zijn met hun oorspronkelijke doel en van daaruit elkaar helpen met wederkerigheid, flexibiliteit, en contractuele solidariteit. Tevens relationele normen als 'behoud van de relatie' en

¹⁸⁸ Inclusief de latere toevoegingen in de rechtspraak zoals van HR 11 juli 2008, *RAR* 2008, 128 Stoof/Mammoet.

'harmonisatie van het relationeel conflict' zijn van belang. Terecht stelt MacNeil dat het oplossen van conflicten die zich voordoen tijdens een contract deel uitmaken van het contract.

Er is te weinig oog voor de blijvende gevolgen van een wijziging. Het contract wordt uiteen gereten en dient daarom zo dicht mogelijk bij de originele wilsovereenstemming te blijven. Maar een wijziging zorgt er niet voor dat het einde van de tot een wijziging nopende factoren nooit bereikt zal worden. Je kan dus wachten tot die omstandigheden weggevloeid zijn waardoor de wijziging kan worden teruggedraaid. Dit kan door de wijziging van rechtswege terug te laten draaien op het moment dat objectief bepaalde criteria worden behaald. Hierbij zijn arbeidsvoorwaarden en situaties die zich daar beter voor lenen dan andere. Zou zich beter verhouden tot de nieuwe werkelijkheid op de arbeidsmarkt. Tevens een nieuwe vorm van flexibiliteit ontwikkelen. Zou ook het voorstel wat door de werkgever gedaan wordt *redelijker* maken. Dit is ook beter voor het behoud van werk, want partijen zijn sneller geneigd bijeen te blijven wanneer zij meer kunnen verwachten.

Ik ben van mening dat de Hoge Raad het relationele aspect van de arbeidsovereenkomst hiermee onvoldoende waardeert. Werkgever en werknemer zijn een duurovereenkomst aangegaan, zeker in gevallen waarin een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. Een wijzigingsvoorstel wordt als een momentopname beoordeeld. Ik pleit daarom voor meer oog voor het relationele aspect, en voor meer tijdelijke wijzigingen. Rechters spreken zich voor of tegen een wijziging uit, en baseren zich daarvoor op een bepaald feitencomplex. Er zijn situaties denkbaar waarin deze feiten na verloop van tijd weer veranderen. Rechters kunnen zodoende hun beslissing beter motiveren, beter aanduiden welke feiten zorgen voor hun beslissing. Hieraan kunnen zij dan objectieve criteria verbinden. En zodra deze criteria voldoende zijn veranderd (denk aan winstmarges, omzetgroei, of teruggebrachte onkosten) zou een wijziging van rechtswege kunnen worden teruggedraaid.

Dit kan zorgen voor minder rechtszekerheid, maar de zoektocht naar rechtszekerheid binnen wijzigingsvoorstellen is echter per definitie een heilige graal die niet gevonden gaat worden. Redelijkheid en billijkheid vereisen namelijk een zekere flexibiliteit, de mogelijkheid om binnen de specifieke omstandigheden van een casus te kunnen beslissen wat in juist dat concrete geval de uitkomst is. Dat verhoudt zich niet met een strikt omlijnende wijzigingsdoctrine: er moet juist ruimte bestaan om de feiten te wegen en op de meest redelijke wijze de knoop door te kunnen hakken.

Aangehaalde literatuur

Boeken

Asser/Hartkamp 6-III* 2010

Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, (Verbintenissenrecht, Deel III Algemeen overeenkomstenrecht, bewerkt door A.S. Hartkamp), Deventer: Kluwer 2010

Asser/Heerma van Voss 7-V 2012

Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, (Bijzondere overeenkomsten, Deel V, Arbeidsovereenkomst, bewerkt door G.J.J. Heerma van Voss), Deventer: Kluwer 2012

Bakker 2012

P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm, Deventer: Kluwer 2012

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. Tilburg, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Blom & Lamberts 2006

J.C.H. Blom & E. Lamberts (red.), *Geschiedenis van de Nederlanden*, Baarn: HBuitgevers 2006

Bungener 2008

A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Dale 2012

Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal, Utrecht: Van Dale Lexicografie 2005.

Van Drongelen & Fase 2013

J. van Drongelen en W.P.J.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht I*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2013

Van Drongelen e.a. 2011

J. van Drongelen, W.P.J.M. Fase, P.J.S. de Jong-van den Bogaard, S.F.H. Jellingshaus, *Individueel arbeidsrecht II*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2011

Van Drongelen e.a. 2011

J. van Drongelen, W.P.J.M. Fase, P.J.S. de Jong-van den Bogaard, S.F.H. Jellingshaus, *Individueel arbeidsrecht III*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2011

Van Genderen e.a. 2010

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: SDU uitgevers 2010

Hammerstein & Vranken 2003

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten: een horizontale vergelijking*, Deventer: Kluwer 2003

Masterscriptie Bert van den Boom:

De wijzigingsmogelijkheden van het arbeidsrecht breder beschouwd

Heerma van Voss 1999

G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, preadvies Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1999

Hijma 2007

Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk, Rechtshandeling en overeenkomst, Deventer: Kluwer 2007

De Hoon 2006

M.W. de Hoon, Conflictbeheersing bij opzegging (diss. UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Jacobs 2013

A.T.J.M. Jacobs, Collectief arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2013

Jellinghaus 2003

S.F.H. Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname, Deventer: Kluwer 2003

MacNeil 1980

I.R. MacNeil, The New Social Contract, New Haven, Conn.: Yale University Press 1980

McKay, Hill & Buckler 2006

J.P. McKay, B.D. Hill, J. Buckler, A History of Western Society, Boston: Houston Mifflin Company 2006

Loonstra 2003

C.J. Loonstra, 'De arbeidsovereenkomst' in: P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2003

Reurich 2005

L. Reurich, Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid, Deventer: Kluwer 2005

Rietbergen 2006

P.J. Rietbergen, Geschiedenis van Nederland in Vogelvlucht, Amersfoort: Bekking & Blitz Uitgevers 2007

Van Slooten 1999

J.M. van Slooten, Arbeid en Loon (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999

Van Slooten 2005

J. van Slooten, De derde in het sociaal recht, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005

Stone 1994

R. Stone, The Modern law of contract, Londen: Cavendish Publishing 1994

Wiggers 2011

W.J.H. Wiggers, Drafting contracts, Deventer: Kluwer 2011

Artikelen

Beltzer 2004

R.M. Beltzer, 'De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248', *AI* 2004/2, p. 13-16.

Beltzer 2008

R.M. Beltzer, 'Wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: De kluwen (deels) ontward', *TAP* 2008/1, p. 5-7.

Van den Berg 2001

M.A.C.M. van den Berg, De keuze tussen nakoming, schadevergoeding of ontbinden en de belangen van de debiteur, *WPNR* 6439 (2001).

Van Bergen 2013

W. van Bergen, 'CNV opent crisismeldpunt', *De Telegraaf* 13 februari 2013,
http://www.telegraaf.nl/mijnbedrijf/21292160/_CNV_opent_crisismeldpunt_.html.

Bungener 2008

A.F. Bungener, Doorwerking van het privaatrecht bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst, *SR* 2008, p. 245-251.

Corvers, Euwals & De Grip 2011

F. Corvers, R. Euwals, A. de Grip, *Labour Market Flexibility in the Netherlands*, Den Haag: CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis 2011.

Croimans & De Laat 2008

B. Croimans en J.J.M. de Laat, Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht?, *SR* 2008, 60.

Dorssemont 2005

F. Dorssemont, 'Interne flexibilisering', een variatie op het thema van de institutionele leer?', *SMA* 2005/3, p. 117-126.

Driessen & Gundt 2013

M.J.A.C. Driessen en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2013/66.

Drion 2007

C.E. Drion, De status van de redelijkheid en billijkheid, *NJB* 2007/8

Duk 2008

R.A.A. Duk, 'Goedwerknemerschap', *TRA* 2008/10.

Hartkamp 2012

A.S. Hartkamp, Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992, *Ars Aequi* 2012, p. 50.

Heerma van Voss 2011

G.J.J. Heerma van Voss, De dynamiek van het goed werkgeverschap, *TRA* 2011/10.

Masterscriptie Bert van den Boom:

De wijzigingsmogelijkheden van het arbeidsrecht breder beschouwd

Heinsius e.a. 2009

J. Heinsius, J.J.M. de Laat, F. Pennings, C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Reacties op het artikel "Wijzigings van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward"' *TAP* 2009/4, p. 142-148.

Hondius 2011

E.H. Hondius, Onvoorziene omstandigheden en het Nederlandse recht, *Contracteren* 2011/3, p. 87-88.

Huizing 2012

M.A. Huizing, De eenzijdige roosterwijziging en het goed werkgeverschap/werknemerschap, *ArbeidsRecht* 2012/46.

De Laat 2008

J.J.M. de Laat, 'Taxi Hofman voorbij?', *SR* 2008/54.

De Laat 2011

J.J.M. de Laat, 'Het eenzijdige wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst: de kluwen verder afgewikkeld', *ArbeidsRecht* 2011/38.

Moonen 2004

B.H.M. Moonen, Het arbeidsrechtelijk schisma: contract of institutie, *Arbeid Integraal* 2004, p. 5-8.

Schelhaas 2008

H.N. Schelhaas, Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten, *NTBR* 2008/4, nr. 21

Tjittes 2012

R.J.P.L. Tjittes, Spoediger wijziging van commerciële duurcontracten, *Contracteren* 2012/3, p. 95.

De Wolff 2008

D.J.B. de Wolff, 'Taxi Hofman in de revisie', *Arbeidsrecht* 2008/44.

De Wolff 2011

D.J.B. de Wolff, 'Drie jaar wijziging van individuele arbeidsvoorwaarden', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2011/78.

Verburg 2012

L.G. Verburg, 'Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012/11.

Zondag 2002

W.A. Zondag, 'Institutioneel arbeidsrecht?', *RM Themis* 2002/1.

Zondag 2006

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

Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken I 1979/80, 7 729, nr. 59, p. 3.

Kamerstukken I 1997/98, 25 615, nr. 81a

Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nrs. 1 en 2

Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3

Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 15

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 5 maart 1926, NJ 1926, 504 (Wijnen/Bontweverij).

HR 11 maart 1926, NJ 1926, 508 (Van Duijsen/De Eewal).

HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg) m. nt. C.J.H. Brunner.

HR 4 juni 1986, NJ 1986, 797; Hof 's-Gravenhage 6 mei 1987, NJ 1988, 526.

HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda).

HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman).

HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP).

HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman).

HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (Vereniging voor Effectenhandel/CSM).

HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn).

HR 28 april 2000, JAR 2000/120 (Guitoneau/Midnet Taxi).

HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

HR 30 januari 2004, JAR 2004, 68 (KLM/Parallel Entry).

HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC).

HR 11 juli 2008, RAR 2008, 128 (Stoof Mammoet).

HR 18 maart 2011, JAR 2011/108 (Monsieurs c.s./Wegener).

HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 685 (De Ronde Venen/Stedin) m. nt. Tjong Tjin Tai.

Gerechtshof

Gerechtshof Amsterdam 17 maart 2012, JAR 2012/126

Kantongerecht

Ktr. Assen 19 december 2005, JAR 2006/36

Ktr. Zwolle 13 juni 2006, LJN AX8733

Ktr. Leeuwarden 3 april 2007 LJN: BA2129

Ktr. Rotterdam 8 oktober 2012, LJN BY5534