Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/101766

File ID	101766
Filename	Hoofdstuk 11: Het einde van de arbeidsovereenkomst als ultieme wijzigingsvorm

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief
Author	A.F. Bungener
Faculty	Faculty of Law
Year	2008
Pages	xviii, 417
ISBN	9789013052602

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/270535

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other then for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

11 HET EINDE VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST ALS ULTIEME WIJZIGINGSVORM

11.1 Inleiding

In dit proefschrift komt op diverse plaatsen naar voren dat partijen het einde van de arbeidsovereenkomst nastreven zodra zij de contractsband te knellend achten. Een te knellende band vloeit voort uit het onvermogen van partijen om een aanpassing van de arbeidsovereenkomst te realiseren. Door het beëindigen van de arbeidsovereenkomst wijzigt de partijverhouding in de meest ultieme vorm, omdat na het einde ervan de partijautonomie doorgaans volledig herleeft. De partijautonomie herleeft slechts niet volledig als partijen afspraken maken die voortduren na het einde van het dienstverband, zoals een concurrentiebeding of een relatiebeding.

In paragraaf twee komen de regels voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst aan de orde voor zover deze in verband staan met het wijzigen van de arbeidsovereenkomst. In paragraaf drie wordt ingegaan op het algemeen vermogensrecht. In het vermogensrecht is er op gewezen dat het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten als één leerstuk is te beschouwen. Hier wordt onderzocht of ook in het arbeidsrecht de regels voor het wijzigen en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst als één leerstuk zijn te beschouwen en of dat voor de praktijk een toegevoegde waarde heeft. In paragraaf 4 staat een conclusie.

11.2 Regels voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst en wijzigen

11.2.1 *Het einde met wederzijds goedvinden en wijzigen*

Partijen kunnen een arbeidsovereenkomst beëindigen door middel van wilsovereenstemming. Het staat hen daarbij vrij binnen de grenzen van de wet en een eventueel toepasselijke cao de arbeidsovereenkomst in gewijzigde vorm voort te zetten. Zij kunnen afspreken dat de arbeidsovereenkomst inhoudelijk wijzigt, bijvoorbeeld dat de werknemer voortaan andere werkzaamheden gaat verrichten of dat de werknemer voortaan in deeltijd zijn werkzaamheden gaat verrichten.

Partijen moeten daarbij rekening houden met bepaalde wettelijke bepalingen op grond waarvan hun contractsvrijheid is beperkt. Zo staat de wet niet toe dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt als deze binnen drie maanden een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde

tijd opvolgt, die anders dan door een rechtsgeldige opzegging of ontbinding is geëindigd. In dat geval bepaalt art. 7:667 lid 4 BW dat opzegging is vereist. Het gerechtshof te Amsterdam bepaalde overigens anders in een geval waarin een werkneemster gebruik maakte van een vroegpensioenregeling en vervolgens twee maal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kreeg. De werkgever maakte kenbaar dat de tweede arbeidsovereenkomst niet werd verlengd. De werkneemster stelde zich vervolgens op het standpunt dat de laatste arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig was opgezegd. Het hof overweegt dat strikt genomen opzegging was vereist, maar dat toch geen voorafgaande opzegging nodig was, omdat de werkneemster in het betreffende geval voldoende ontslagbescherming had genoten. De werkneemster kon namelijk kiezen gebruik te maken van de vroegpensioenregeling die tot gevolg had dat haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigde en zij heeft ervoor gekozen gebruik te maken van deze regeling, terwijl zij wist dat zij daarmee akkoord ging met het einde van haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.[1]

Een ander voorbeeld is dat partijen die een arbeidsovereenkomst met elkaar hebben en vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan, geen nieuwe proeftijd mogen bedingen bij het aangaan van de nieuwe arbeidsovereenkomst, als de werknemer vrijwel dezelfde werkzaamheden gaat verrichten als die hij verrichtte op grond van de eerdere arbeidsovereenkomst.[2] De werknemer die vervolgens toch in de proeftijd wordt ontslagen, kan het ontslag vernietigen. Een nieuwe proeftijd is wel toegestaan als van de werknemer andere vaardigheden en verantwoordelijkheden worden gevraagd, waarover de eerdere arbeidsovereenkomst geen of onvoldoende inzicht heeft gegeven.[3]

Ook moeten partijen rekening houden met de deels dwingendrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst. Dit is van belang als partijen besluiten dat de werknemer voortaan op grond van een opdrachtovereenkomst werkzaamheden gaat verrichten. Zij kunnen dat wel afspreken, maar als blijkt dat de arbeidsverhouding nog steeds veel kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst, dan zou dat doorslaggevend kunnen zijn, zeker als partijen zich gedragen alsof zij door middel van een arbeidsovereenkomst gebonden zijn. De bedoeling van partijen en de feitelijke invulling die zij geven aan de arbeidsverhouding zijn daarbij tezamen doorslaggevend.[4]

Als partijen een eerdere arbeidsovereenkomst beëindigen door middel van wilsovereenstemming en opnieuw met elkaar een arbeidsovereenkomst

---

1. Gerechtshof Amsterdam 26 mei 2005, *JAR* 2005/132.
2. HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293.
3. HR 14 september 1985, *NJ* 1985, 244.
4. Zie hierover hoofdstuk 6, paragraaf 3.4 en 3.5; hoofdstuk 7, paragraaf 3.2.

aangaan, dan is de vraag of sprake is van een beëindiging en niet slechts van een wijziging. Dit is bijvoorbeeld van belang, omdat bij een wijziging niet is toegestaan minimum vakantiedagen af te kopen, terwijl dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst wel mag, zie art. 7:640 BW en 7:641 BW.[5] In de praktijk hangt het sterk af van de manier waarop partijen formuleren dat zij de eerste arbeidsovereenkomst beëindigen en de tweede onder gewijzigde vorm met elkaar aangaan. Vaak gaan partijen niet nader in op het einde van de eerste arbeidsovereenkomst, maar gaan zij slechts een nieuwe gewijzigde arbeidsovereenkomst met elkaar aan. Dan kan er mijns inziens van uit worden gegaan dat de vakantiedagen niet tussentijds mogen worden afgekocht, omdat het recht op vakantiedagen en vooral het recht op een aantal wettelijk minimum vakantiedagen een recuperatiefunctie heeft voor de werknemer. Een constructie waarbij partijen wel tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst overgaan met als doel minimum vakantiedagen af te kopen, terwijl zij vervolgens weer een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan, is wettelijk niet verboden, maar strookt niet met het doel van de regeling – de recuperatiefunctie – van minimum vakantiedagen. De constructie dient ertoe om te ontkomen aan de dwingende wetsbepalingen over minimum vakantiedagen, waardoor de constructie door de rechter ongeldig kan worden geacht. De Hoge Raad heeft eerder overwogen dat constructies ongeldig zijn, die op grond van de wet mogelijk zijn, bijvoorbeeld bij het gebruik van draaideurconstructies, waarbij steeds contracten voor bepaalde tijd werden afgewisseld met tewerkstellingen als uitzendkracht om te ontkomen aan dwingend recht ter bescherming tegen ontslag. De Hoge Raad overweegt dat deze draaideurconstructie niet tot het ontnemen van de dwingende ontslagbescherming leidt.[6] De constructie waarbij minimumvakantiedagen worden uitbetaald nadat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, terwijl deze later opnieuw wordt aangegaan is dus niet zonder meer een bruikbaar, als daarmee de arbeidsrechtelijke bescherming in het geding komt.

11.2.2 *Opzegging en wijzigen*

De opzeggingsbevoegdheden van partijen bij een arbeidsovereenkomst zijn wettelijk geregeld. Art. 7:667 lid 6 BW bepaalt dat opzegging is vereist bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Uit lid 2 van art. 7:667 BW blijkt dat opzegging ook is vereist als partijen (bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) hebben afgesproken dat deze dient te worden opgezegd of als volgens de wet of het gebruik opzegging dient plaats te vinden.

---

5. Zie ook HVJ EG 6 april 2006, *JAR* 2006/102.
6. HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707 *(Bootsma/Campina)*.

De werkgever moet bij de opzegging rekening houden met diverse opzegverboden. Het algemeen opzegverbod op grond van het BBA gebiedt de werkgever eerst toestemming voor de opzegging te vragen bij de CWI. Verder bestaan er diverse bijzondere opzegverboden, zoals in de artt. 7:670 BW, 7:646 BW, 7:648 BW, 7:649 BW en de artt. 5 en 8 AWGB. Zo mag de werkgever de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer niet opzeggen gedurende de eerste twee jaar van ziekte. Ook mag de arbeidsovereenkomst niet worden opgezegd wegens de omstandigheid dat de werknemer een beroep heeft gedaan op art. 5 van de AWGB, waarin de gelijke behandeling bij arbeid nader is uitgewerkt.

Opzegging is een eenzijdige rechtshandeling en is dus niet gegrond op wilsovereenstemming. Een partij kan opzeggen, zonder dat zijn wederpartij hiermee instemt of wil instemmen. Bij een volledige opzegging van de arbeidsovereenkomst komt de werknemer bepaalde wettelijke bescherming toe, bijvoorbeeld op grond van de opzegverboden. Deze bescherming geldt ook als een opzegging zou worden verricht in combinatie met een wijziging. Het toekennen van bescherming gebeurt namelijk door aan te sluiten bij de opzeggingshandeling en die handeling wordt ook bij een gedeeltelijke opzegging verricht.

Het is echter de vraag of een opzegging in combinatie met een wijziging mogelijk is. De wet regelt bijvoorbeeld niet de opzegging in combinatie met een wijziging. De opzeggingshandeling is er op gericht om de arbeidsverhouding als geheel tot een einde te brengen en de regeling voor de opzegging is ook daarop ingericht, terwijl bij een opzegging in combinatie met een wijziging de arbeidsverhouding gewijzigd wordt voortgezet. Een opzegging in combinatie met een wijziging is naar mijn mening dan ook alleen mogelijk voor zover een andere rechtsgrond voor de wijziging aanwijsbaar is. De meest voor de hand liggende rechtsgrond is dat partijen wilsovereenstemming hebben bereikt over de wijziging. Door de wilsovereenstemming ontbreekt vervolgens echter de noodzaak om alsnog (eenzijdig) op te zeggen, want partijen hebben overeenstemming over de nieuwe invulling van de arbeidsverhouding. Als partijen geen wilsovereenstemming bereiken over de wijziging, dan is wellicht mogelijk op te zeggen onder voorbehoud. Daarop wordt nader ingegaan in paragraaf 2.3.

De WAA is een voorbeeld van een regeling waarbij een aparte rechtsgrond voor een wijziging aanwijsbaar is in een situatie die veel weg heeft van een opzegging in combinatie met een wijziging. Het gaat dan om de situatie waarin de werknemer zijn arbeidsovereenkomst gedeeltelijk wil opzeggen. Voor een gedeeltelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer bestaat geen rechtsgrond, maar de werknemer kan hetzelfde resultaat bereiken dat hij met een gedeeltelijke opzegging nastreeft door een beroep te doen op de WAA, want de WAA regelt de situatie waarin de werk-

nemer zijn arbeidsduur wil aanpassen. De WAA bevat zowel een eenzijdig als een tweezijdig element en heeft door het eenzijdige element een zekere gelijkenis met een gedeeltelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer. De gedeeltelijke opzegging en een verzoek tot een aanpassing van de arbeidsduur zijn rechtshandelingen door de werknemer, die hetzelfde rechtsgevolg beogen te realiseren, namelijk het verminderen van de gemiddelde arbeidsduur per week.

De WAA biedt de werknemer de mogelijkheid een verzoek in te dienen tot aanpassing van de arbeidsduur. De werknemer kan dit verzoek eenzijdig indienen en het indienen van het verzoek heeft tot gevolg dat de werknemer – als de werknemer voldoet aan de voorwaarden uit de WAA –, de werkgever in de positie brengt dat hij het verzoek moet inwilligen, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich verzetten tegen inwilliging van het verzoek. De werkgever heeft dus een beperkte invloed en kan het verzoek onder omstandigheden accepteren of afwijzen, waaruit de – zij het beperkte – tweezijdigheid blijkt.

Het strookt niet met de bedoeling van de WAA dat een werknemer tevens de bevoegdheid heeft de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk op te zeggen. Als een werknemer namelijk de mogelijkheid zou hebben tot een gedeeltelijke opzegging, dan zou de toegevoegde waarde van de WAA wegvallen. De toegevoegde waarde bestaat uit de belangafweging die bij een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur moet worden gemaakt. Ook voor de invoering van de WAA was een gedeeltelijke opzegging overigens niet mogelijk en werd een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur gebaseerd op art. 7:611 BW.

De WAA weegt de belangen van de werknemer bij een aanpassing van zijn arbeidsduur af tegen de belangen van de werkgever, die er belang bij heeft dat de werknemer wel volledig blijft werken. De WAA biedt in dit kader een belangenafweging, die bij het erkennen van een aparte mogelijkheid tot eenzijdig opzeggen door de werknemer niet zou bestaan.

De opzeggingsbevoegdheid van de werknemer kan naar mijn mening als een 'alles-of-niets-bevoegdheid' worden gezien. Of de werknemer zegt de arbeidsovereenkomst volledig op, of de werknemer zegt niet op. Een gedeeltelijke opzegging is niet mogelijk en moet mijns inziens eerder worden beschouwd als een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur in de zin van de WAA.

Als de WAA niet van toepassing is, bijvoorbeeld als de werknemer binnen één jaar na indiensttreding de arbeidsovereenkomst wil aanpassen of twee maal binnen twee jaar, dan is naar mijn mening evenmin een gedeeltelijke opzegging mogelijk. Een andere opvatting zou meebrengen dat de arbeidsovereenkomst minder verbindend is zolang het regime van de WAA niet toepasselijk is, terwijl uit de Memorie van Toelichting van de WAA juist blijkt dat de eis dat een werknemer ten minste een jaar in dienst moet zijn

voordat hij een verzoek tot aanpassing kan doen, de garantie biedt van een zekere binding met de werkgever.[7] Een werknemer kan overigens wel altijd een beroep doen op art. 6:258 BW als hij de arbeidsduur wil aanpassen, maar de kans dat een dergelijk beroep slaagt is mijns inziens gering.[8] De werknemer moet dan immers onvoorziene omstandigheden aanvoeren, welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Ook voor de werkgever bestaat in beginsel niet de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk op te zeggen. In hoofdstuk 22, paragraaf 1 van de Beleidsregels ontslagtaak CWI staat: '(…) dat CWI ingevolge het Ontslagbesluit in beginsel niet bevoegd is medewerking te verlenen aan de realisering van deeltijdontslagen. In de praktijk wordt daar echter anders over gedacht en anders naar gehandeld.'

Art. 2:7 lid 2 Ontslagbesluit bepaalt uitdrukkelijk dat het de CWI niet is toegestaan andere voorwaarden dan bedoeld in art. 4:5 Ontslagbesluit te verbinden aan het verlenen van toestemming. Art. 4:5 Ontslagbesluit bepaalt dat de CWI bevoegd is één voorwaarde te verbinden aan een ontslagvergunning bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen, namelijk dat de werknemer (en geen ander) weer in dienst komt binnen zesentwintig weken tegen de bij de werkgever gebruikelijke arbeidsvoorwaarden als de werkgever binnen deze zesentwintig weken weer personeel aantrekt.

Zondag wijst erop dat hier ruimte bestaat de werknemer tegen slechtere arbeidsvoorwaarden opnieuw in dienst te nemen als de arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming in het algemeen – voor het totale personeel – zijn verslechterd. Die laatste arbeidsvoorwaarden zijn dan de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden.[9] Zwemmer is eveneens van mening dat een werknemer opnieuw in dienst kan worden genomen tegen slechtere arbeidsvoorwaarden en dat dit 'zou kunnen volgen uit het functiegebouw, het aannamebeleid en/of de cao.'[10] Naar mijn mening zal in de praktijk weinig voorkomen dat werknemers tegen (beduidend) slechtere arbeidsvoorwaarden opnieuw in dienst worden genomen. De gebruikelijke arbeidsvoorwaarden moeten dan immers ook binnen zesentwintig weken naar beneden zijn bijgesteld en dat zal in de praktijk op verzet stuiten van eventueel betrokken vakbonden en van de werknemers die nog in dienst zijn.

---

7. *Kamerstukken* II 1998/99, 26358, nr. 3, p. 14.
8. In dat geval kan de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk worden ontbonden of worden gewijzigd.
9. W.A. Zondag, 'De speelruimte van de CWI ten aanzien van voorwaardelijke vergunningsverlening. Over deeltijdontslag, wijzigingsontslag en ontslagvergoeding in de bba-procedure', *Arbeid Integraal* 2002/3, p. 100.
10. J.P.H. Zwemmer, 'De voorwaardelijke ontslagvergunning', *Arbeidsrecht* 2006/10, p. 17.

Zondag heeft de praktijk van het verlenen van een ontslagvergunning onder voorwaarde onderzocht.[11] Hij behandelt de verplichting tot herindienstneming in drie situaties, namelijk tegen de bij werkgever gebruikelijke arbeidsvoorwaarden, tegen kortere arbeidsduur (deeltijdontslag) en tegen andere arbeidsvoorwaarden (wijzigingsontslag). Ook gaat hij in op de voorwaarde dat de werkgever een bepaalde vergoeding aan de werknemer moet toekennen.

Bij een deeltijdontslag wordt aan de toestemming van de CWI de voorwaarde gesteld dat de werkgever de werknemer na ontslag in dienst neemt voor minder arbeidsuren. Zondag concludeert dat de CWI in beginsel niet bevoegd is mee te werken aan deeltijdontslagen, maar dat dit in de praktijk wel gebeurt. Hij baseert zich op een onderzoek onder alle toenmalige RDA's.[12] Verder brengt Zondag naar voren dat de Nationale ombudsman heeft geoordeeld dat de verlening van toestemming onder de premisse van wederindienstneming is toegestaan.[13] Het gaat dan niet om een harde voorwaarde, maar om een veronderstelling die de CWI meeweegt in de overweging ten aanzien van het verlenen van de vergunning. Als een werkgever dus aangeeft dat hij het voornemen heeft de werknemers bij betere bedrijfsresultaten weer voor meer uren in dienst te nemen, dan kan dat de beslissing van de CWI in het voordeel van de werkgever doen uitvallen. Deze handelswijze is opmerkelijk, want een (niet toegestane) voorwaarde biedt een werknemer in beginsel meer bescherming dan een premisse, bijvoorbeeld als de werknemer de werkgever wil aanspreken, omdat de werkgever zich niet aan zijn toezegging houdt de werknemer weer in dienst te nemen als het beter gaat met het bedrijf.

Een deeltijdontslag lijkt overigens sterk op een werktijdverkorting en daarvoor bestaat een aparte procedure. De werkgever dient bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ontheffing te vragen van het verbod van art. 8 BBA (een verzoek om werktijdverkorting). De CWI rapporteert over de feitelijke bedrijfssituatie van de werkgever die een verzoek tot ontheffing doet en het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid beslist uiteindelijk of de ontheffing wordt verleend. De ontheffing is slechts tijdelijk met een maximumperiode van 6 weken. Die periode kan drie maal

---

11. W.A. Zondag, 'De speelruimte van de CWI ten aanzien van voorwaardelijke vergunningsverlening. Over deeltijdontslag, wijzigingsontslag en ontslagvergoeding in de bba-procedure', *Arbeid Integraal* 2002/3, p. 90 t/m 100.
12. W.A. Zondag, 'De speelruimte van de CWI ten aanzien van voorwaardelijke vergunningsverlening. Over deeltijdontslag, wijzigingsontslag en ontslagvergoeding in de bba-procedure', *Arbeid Integraal* 2002/3, p. 92 en 93.
13. Nationale ombudsman 26 juli 1996, *JAR* 1996/171.

worden verlengd voor telkens 6 weken.[14] Door de tijdelijkheid van de werktijdverkorting is dit niet hetzelfde als een deeltijdontslag.

Bij een wijzigingsontslag verleent de CWI toestemming voor opzegging onder de verplichting van herdiensttreding onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden. Overigens is ook een deeltijdontslag te beschouwen als een wijzigingsontslag. Het betreft immers een wijziging van de arbeidsduur. Bij een wijzigingsontslag is tevens de inhoud van de oorspronkelijke overeenkomst en de gebondenheid daaraan aan de orde. Dit is een onderwerp van contractspartijen, waarover de CWI geen bevoegdheden heeft. Uit beleidsregels of het Ontsluitbesluit blijkt niet dat de CWI rekening kan houden met voorstellen tot het wijzigen van arbeidsvoorwaarden als zij oordeelt over een aanvraag voor een ontslagvergunning. De CWI dient te toetsen of zij toestemming kan verlenen op basis van de daarvoor bestaande criteria. Zondag wijst in dit kader naar een zaak waarin een RDA ook de contractsvrijheid van partijen als uitgangspunt neemt en zich daarom niet bevoegd acht mee te werken aan een wijzigingsontslag. Daarbij verwijst de RDA uitdrukkelijk naar de burgerlijke rechter.[15] De CWI kan namelijk niet in de contractsvrijheid van partijen treden, maar heeft daarop slechts invloed bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst. De werkgever moet immers, wil hij gebruik maken van zijn contractsautonomie om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, eerst toestemming van de CWI verkrijgen. De later ingevoerde WAA is mijns inziens een bevestiging dat geschillen over de wijziging van de arbeidsduur door de burgerlijke rechter moeten worden behandeld.

Zondag bespreekt vervolgens of de CWI aan het verlenen van toestemming voor opzegging als voorwaarde kan stellen dat de werkgever een ontslagvergoeding betaalt. Hij lijkt met de meerderheid van de literatuur van mening te zijn dat dit niet is toegestaan.[16] Wel wijst hij erop dat wel een premisse over een ontslagvergoeding is te gebruiken en dat de premisse ook is te gebruiken door de CWI bij het overwegen of toestemming wordt verleend bij een deeltijdontslag of een wijzigingsontslag.

De rechtsgevolgen van het stellen van een voorwaarde en van het gebruik van een premisse komen vervolgens aan de orde in het artikel van Zondag. De Hoge Raad overweegt dat een voorwaarde dat de werkgever niet binnen zes maanden voor hetzelfde werk een ander in dienst neemt, rechtsgeldig is. Zolang de werkgever niet in strijd met deze voorwaarde

---

14. Beleidsregels ontslagtaak CWI, hoofdstuk 10.
15. RDA 8 december 1993, *JAR* 1994/1.
16. W.A. Zondag, 'De speelruimte van de CWI ten aanzien van voorwaardelijke vergunningsverlening. Over deeltijdontslag, wijzigingsontslag en ontslagvergoeding in de bba-procedure', *Arbeid Integraal* 2002/3, p. 94. Zie voor een overzicht van de literatuur: R.M. Beltzer, R. Knegt, A.D.M. van Rijs, Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren (eindrapport SZW), juni 1999, p. 13 en p. 20.

handelt, is het ontslag geldig. Als de werkgever wel in strijd handelt met deze voorwaarde, dan wordt het ontslag vernietigbaar. De termijn voor vernietiging gaat in op het moment dat de werknemer erachter komt dat de werkgever in strijd met de voorwaarde toch iemand in dienst heeft genomen.[17] Dit komt erop neer dat de van de voorwaarde afhankelijke toestemming van de CWI geacht wordt niet te zijn verleend. De toestemming is dus afhankelijk gesteld van de voorwaarde. De voorwaarde uit het arrest komt overigens overeen met hetgeen thans is bepaald in art. 4:5 Ontslagbesluit.

Een voorwaarde die de CWI niet had mogen stellen gezien haar bevoegdheden, is eveneens bij de Hoge Raad aan de orde gekomen. De Hoge Raad overweegt dat art. 3:41 BW – waarin staat dat een rechtshandeling voor het overige in stand blijft als de grond van nietigheid slechts een deel van de rechtshandeling betreft – en art. 3:42 BW – op grond waarvan een nietige rechtshandeling onder voorwaarden kan worden omgezet in een rechtsgeldige rechtshandeling – op grond van de schakelbepaling van art. 3:59 BW analogisch toepasbaar zijn.[18] Dit betekent dat de voorwaarde, zoals ook Zondag betoogt, kan worden omgezet in een rechtsgeldige voorwaarde. Als dat niet mogelijk is, dan blijft de toestemming van de CWI geldig en kan de voorwaarde op grond van art. 3:41 BW worden vernietigd.

Zondag behandelt vervolgens de rechtsgevolgen van de premisse. De premisse wordt, zoals eerder aangegeven, in het algemeen toelaatbaar geacht. De premisse is slechts een veronderstelling die de CWI meeweegt bij haar overweging toestemming te verlenen. Het is dus mogelijk dat de werkgever anders handelt dan de CWI heeft verondersteld bij haar overweging en in dat geval heeft de werknemer een aantal mogelijkheden.

Ten eerste kan een werknemer het herstel van de arbeidsovereenkomst en/of een schadevergoeding vorderen op grond van kennelijk onredelijk ontslag. Ten tweede kan de werknemer de werkgever aansprakelijk stellen op grond van onrechtmatige daad. De derde mogelijkheid is dat de werknemer de CWI op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk stelt voor de schade die hij leidt.

De mogelijkheid om de werkgever aansprakelijk te stellen op grond van art. 6:162 BW wegens het verstrekken van onjuiste informatie is door de Hoge Raad erkend in het arrest *Pratt & Withney*.[19] De werknemers stelden de werkgever aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, omdat de werkgever de RDA had misleid bij de aanvraag van de ontslagvergunningen.

---

17. HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705 met nt. PAS.
18. HR 16 november 2001, *JAR* 2001/258.
19. HR 3 december 1999, *JAR* 2000/18. Zie hierover onder meer: Y. Konijn, 'Het ontslagrecht onder vuur?', *Arbeid Integraal* 2000/5, p. 157 en 158; H.W.M.A. Staal, 'De Hoge Raad en onrechtmatig handelen in de (pre-)opzeggingsfase', *Sociaal Recht* 2002/7/8, p. 217 t/m 221.

Een vordering op grond van kennelijke onredelijkheid was verjaard, maar de weg van de onrechtmatige daad stond nog wel open.

Als de onrechtmatige daad is aangetoond, dan kan de werknemer in ieder geval een vergoeding in geld vorderen van de schade. Art. 6:103 BW staat de rechter echter ook toe schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom toe te kennen. Het is de vraag of ook mogelijk is dat een werknemer op grond van art. 6:162 BW jo. art. 6:103 BW herstel vordert van de arbeidsovereenkomst. Art. 7:682 lid 1 BW lijkt hiervoor slechts mogelijkheid te bieden bij schadeplichtigheid op grond van art. 7:677 BW of art. 7:681 BW. De mogelijkheid van een vordering op grond van art. 6:162 BW wordt daar niet genoemd. Dat kan tot twee opvattingen leiden. Ten eerste kan gesteld worden dat de situatie van schadeplichtigheid op grond van art. 6:162 BW niet is geregeld, waardoor een vordering tot herstel op grond van art. 6:162 BW jo. art. 6:103 BW mogelijk is.[20] Ten tweede kan gesteld worden dat de wetgever de mogelijkheid tot herstel exclusief heeft geregeld in art. 7:682 BW en dat een dergelijke vordering slechts mogelijk is in de daar genoemde situaties. Het arrest *Pratt & Withney* biedt geen duidelijkheid of een vordering tot herstel mogelijk is, omdat in dat arrest slechts schadevergoeding was gevorderd op grond van onrechtmatige daad. Het heeft mijn voorkeur wel de mogelijkheid tot herstel open te laten op grond van art. 6:162 BW jo. art. 6:103 BW, omdat zo recht wordt gedaan aan het beginsel dat zoveel mogelijk de werkelijke schade wordt vergoed. De schade is dan namelijk goed te begroten. Die is in ieder geval de loonvordering vanaf de opzegging tot het herstel. De schade die de werknemer na herstel zou leiden hoeft vervolgens niet in geld te worden uitgedrukt – te worden geschat –, omdat de schade wegvalt door het herstel. Een nadeel van een vordering tot herstel op grond van art. 6:162 BW is dat de werkgever, die de arbeidsovereenkomst absoluut niet wil herstellen, de rechter niet op grond van art. 7:682 lid 3 en 4 BW kan verzoeken om een afkoopsom vast te stellen waardoor de verplichting tot herstel vervalt. Art. 7:682 BW staat namelijk alleen open bij vorderingen op grond van art. 7:677 BW en 7:681 BW. De werkgever zou wel kunnen weigeren de arbeidsovereenkomst te herstellen, waardoor de werknemer met een beroep op art. 6:103 BW laatste zinsnede, de bevoegdheid herkrijgt om een schadevergoeding in geld te verlangen.

Uit het bovenstaande blijkt dat een gedeeltelijke opzegging op theoretische bezwaren stuit, omdat de CWI dan in de contractsvrijheid van partijen treedt zonder daartoe een bevoegdheid te hebben. Bij een gedeeltelijke opzegging wijzigt de arbeidsovereenkomst voor wat betreft de arbeidsduur

20. Konijn gaat ervan uit dat dit mogelijk is. Zie Y. Konijn, 'Het ontslagrecht onder vuur?', *Arbeid Integraal* 2000/5, p. 158.

en voor die situatie is de WAA gerealiseerd voor de werknemer. De werkgever kan zich beroepen op andere wijzigingsmogelijkheden. Een opzegging waarbij de CWI toestemming verleent onder de premisse van het wijzigen van andere arbeidsvoorwaarden lijkt wel mogelijk. Het BBA biedt daartoe overigens geen grondslag.

Bij een opzegging waarbij de toestemming onder een premisse wordt verleend, wordt indirect het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst doorkruist. Bij het verlenen van de toestemming door de CWI wordt namelijk de inhoud van de arbeidsovereenkomst meegewogen en de afweging kan leiden tot toestemming voor de werkgever de arbeidsovereenkomst te verbreken onder een premisse van de CWI. Ook bij een volledige opzegging van de arbeidsovereenkomst wordt de verbindende kracht van de arbeidsovereenkomst aangetast, maar dat is wel expliciet wettelijk geregeld in het BBA. Het BBA biedt dus wel een grondslag voor de doorkruising van het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst bij een volledige opzegging, maar geen grond voor de bevoegdheid van de CWI om toestemming te verlenen voor een gedeeltelijke opzegging of een opzegging met de premisse dat arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd. Er bestaat dus een verschil tussen het volledig verbreken van de contractsband en het verbreken van inhoudelijke afspraken van de arbeidsovereenkomst in ruil voor andere afspraken, afspraken die de CWI meeweegt bij het geven of weigeren van haar toestemming.

Inhoudelijke wijzigingen vergen in de regel de instemming van beide partijen of een beroep op de bestaande wijzigingsmogelijkheden. Als de CWI een toestemmingsverzoek krijgt voor een deeltijdontslag of een wijzigingsontslag, dan kan de CWI alsnog de onderhandelingen beïnvloeden, ook als de onderhandelingen eerder op niets zijn uitgelopen. Als blijkt dat geen van de wijzigingsmogelijkheden tot een wijziging van de arbeidsovereenkomst heeft kunnen leiden, dan kan de CWI de werkgever niettemin toestemming verlenen voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst onder een premisse. Daarmee beïnvloedt CWI de onderhandelingspositie van partijen, want de werkgever kan de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst opzeggen, maar is op grond van de premisse verplicht een gewijzigde arbeidsovereenkomst aan te bieden aan de werknemer. Het hangt van de inhoud van de premisse af hoeveel onderhandelingsruimte de werkgever vervolgens nog heeft. De werknemer komt nu voor de nieuwe situatie te staan dat hij niet onverkort kan vasthouden aan de oorspronkelijke afspraken, maar heeft wel de mogelijkheid om de gewijzigde arbeidsovereenkomst te aanvaarden. Hij

verliest echter zijn werk (volledig) als hij de nieuwe arbeidsovereenkomst niet aanvaardt.[21]

De CWI brengt in haar beleidsregels naar voren dat de arbeidsverhouding 'ondeelbaar' is.[22] Het standpunt is dat de CWI uitsluitend toestemming voor de beëindiging van de gehele arbeidsovereenkomst kan geven of weigeren. Naar mijn mening is het standpunt dat de arbeidsverhouding in algemene zin ondeelbaar is, achterhaald. De deelbaarheid, hetgeen naar mijn mening ziet op de mogelijkheid de arbeidsduur structureel aan te passen, is mogelijk op grond van diverse regelingen. Partijen kunnen hierover overstemming bereiken. De werknemer kan een beroep doen op de WAA of eventueel op art. 7:611 BW of art. 6:258 BW als de WAA nog geen mogelijkheden biedt. De werkgever kan ook proberen de arbeidsduur aan te passen, mits hij rekening houdt met het in beginsel gesloten stelsel van het ontslagrecht. Hierboven bleek dat een deeltijdontslag tot de mogelijkheden behoort. In paragraaf 2.4 komt onder meer aan de orde of een gedeeltelijke ontbinding kan worden uitgesproken door de kantonrechter. Naar mijn mening is de arbeidsverhouding dus wel deelbaar, met als kanttekening dat het 'delen' tot contractsbreuk en daarom tot een verplichting tot schadevergoeding kan leiden.

11.2.3 *Opzeggen door de werknemer onder voorbehoud*

Het is mijns inziens mogelijk dat een werknemer opzegt onder voorbehoud (of opzegt onder voorwaarde). Een werknemer zou bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst kunnen opzeggen onder het voorbehoud dat een concurrentiebeding wordt omgezet in een relatiebeding. Ook zou een werknemer zijn arbeidsovereenkomst kunnen opzeggen onder voorbehoud dat de werkgever akkoord gaat dat de arbeidsovereenkomst voortaan in deeltijd wordt voortgezet. Dit is een opzegging in combinatie met een wijzigingsvoorstel en door de voorbehoudconstructie zijn de opzegging en het wijzigingsvoorstel ondeelbaar. De opzegging heeft pas rechtsgevolg als de werkgever ingaat op het wijzigingsvoorstel. Een opzegging onder voorbehoud heeft dus alleen werking als de werkgever het voorbehoud accepteert. In het bovenstaande tweede geval eindigt de arbeidsovereenkomst van de werknemer na de opzegtermijn en ontstaat vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst onder gewijzigde voorwaarden. Deze beëindigingvorm lijkt zeer sterk op het beëindigen met wederzijds goedvinden in combinatie

21. De werknemer loopt daarbij het risico van verwijtbare werkloosheid in de zin van de WW als hij de gewijzigde arbeidsovereenkomst niet aanvaardt.
22. Beleidsregels Ontslagtaak CWI, hoofdstuk 22, paragraaf 1.

met een wijzigingsvoorstel (zie paragraaf 2.1). De werkgever moet voor een rechtsgeldige opzegging namelijk akkoord gaan met de wijziging, waardoor de eenzijdigheid van de opzeggingshandeling vervalt. De werknemer kan tevens een bedenktijd geven waarbinnen de werkgever het voorbehoud moet accepteren. De werknemer heeft dan geen ruimte om het aanbod te herroepen, zie art. 6:219 lid 3 BW. Als de werkgever het wijzigingsvoorstel niet accepteert, dan heeft de opzegging geen werking en blijft de arbeidsovereenkomst ongewijzigd voortbestaan.

Als de werkgever het voorbehoud niet accepteert, dan kan de opzegging onder voorbehoud ten minste als een uitnodiging tot onderhandelen worden beschouwd. De werkgever en de werknemer kunnen na onderhandelingen alsnog tot overeenstemming komen en daarbij afspreken dat de opzegging geldig is. Dan is het echter veel praktischer dat partijen een beëindigingsovereenkomst aangaan of de arbeidsovereenkomst in het geheel niet beëindigen, maar slechts de wijzigingen incorporeren binnen hun rechtsverhouding.

Een belangrijke toegevoegde waarde van de opzegging onder voorbehoud, is dat het relatief snel tot rechtsgevolgen kan leiden in vergelijking tot de situatie waarin partijen zonder toezeggingen in onderhandeling treden. Bij een opzegging onder voorbehoud blijkt duidelijk dat de werknemer de wijziging echt nastreeft. Het aanbod van de werknemer is verderstrekkend dan een ander aanbod tijdens onderhandelingen, omdat hij met de opzegging aangeeft zijn ontslagbescherming te willen prijsgeven onder bepaalde voorwaarden. Als de werknemer bijvoorbeeld opzegt onder het voorbehoud dat zijn concurrentiebeding wordt beperkt, dan heeft de werkgever, die zich hierdoor bewust is dat de werknemer toch binnenkort zal vertrekken, niets te maken met het gesloten stelsel van het ontslagrecht als hij de opzegging onder voorbehoud accepteert. De werkgever hoeft dan alleen af te wegen hoeveel waarde hij hecht aan het concurrentiebeding. De werknemer heeft hierbij ook voordeel, want hij krijgt in ruil voor zijn opzegging – het verderstrekkende aanbod – de werkgever wellicht ook zo ver dat deze instemt met een voor hem beter onderhandelingsresultaat.

11.2.4 *Ontbinding en wijzigen*

De kantonrechter is op grond van art. 7:685 BW bevoegd de arbeidsovereenkomst te ontbinden als één van de partijen daartoe een verzoek indient. Art. 7:685 BW is een verzoekschriftprocedure. Art. 7:686 BW biedt partijen de mogelijkheid de ontbinding van de arbeidsovereenkomst te realiseren op grond van toerekenbare tekortkoming. Dit is een dagvaardingsprocedure,

waartegen hoger beroep en cassatie open staat. Art. 7:686 BW wordt weinig gebruikt in de praktijk.[23]

Een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft in beginsel tot doel de gehele arbeidsovereenkomst te beëindigen. Het is de vraag of een ontbinding is te combineren met een wijzigingsverzoek. Denkbaar is dat een partij een verzoek doet tot een gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zodat de arbeidsduur wordt aangepast. Ook is een constructie denkbaar, waarbij een ontbindingsverzoek wordt ingediend, maar waarbij tevens wordt gesteld dat de werknemer na de ontbinding weer in dienst treedt onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden. Zowel de werkgever als de werknemer kunnen een dergelijk ontbindingsverzoek indienen.

In de praktijk komt een enkele keer voor dat een verzoek tot gedeeltelijke ontbinding op grond van art. 7:685 BW wordt toegewezen.[24] Het staat in de literatuur ter discussie of een gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst mogelijk is.[25]

De Laat betoogt dat gedeeltelijke ontbinding niet mogelijk zou (moeten) zijn in het arbeidsrecht. Hij noemt drie argumenten, namelijk de ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst, de niet toepasselijkheid van art. 6:265 BW en een argument gegrond in de systematiek van het Nederlandse ontslagrecht.[26]

Ook een (andere) kantonrechter te Utrecht ziet weinig in een gedeeltelijke ontbinding. Hij wijst een verzoek tot gedeeltelijke ontbinding af, omdat het resultaat een wijziging van de arbeidsovereenkomst zou opleveren. Daarvoor is art. 7:685 BW niet bedoeld, aldus de kantonrechter.[27] Deze redenering is mijns inziens juist. Tegen ontbindingsverzoeken die niet de gehele arbeidsovereenkomst ontbinden, maar gedeeltelijk, of bij ontbindingsverzoeken waarbij het de bedoeling is dat de werknemer na de ontbinding weer in dienst treedt onder andere voorwaarden, bestaat een

---

23. Een voorbeeld waarin wel een beroep werd gedaan op art. 7:686 bw is in de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam 15 januari 1998, *JAR* 2000/150.

24. Zie bijvoorbeeld Ktr. Alphen aan den Rijn 24 februari 2004, *JAR* 2004/72; Ktr. Rotterdam 1 december 1995, *JAR* 1996/6. In bevestigende zin: M.S.A. Vegter, 'Ontbinding van arbeids- en opdrachtovereenkomst wegens onvoorziene omstandigheden', *Sociaal Recht* 1997/4, p. 104 t/m 107.

25. Y. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 263. Zie voor een overzicht van argumenten tevens: W.A. Zondag, 'De speelruimte van de CWI ten aanzien van voorwaardelijke vergunningsverlening. Over deeltijdontslag, wijzigingsontslag en ontslagvergoeding in de bba-procedure', *Arbeid Integraal* 2002/3, p. 96 en 97.

26. J.J.M. de Laat, 'Gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *Sociaal Recht* 1995/10, p. 299 t/m 301.

27. Zie Ktr. Utrecht 2 juli 2004, *JAR* 2004/200 *(Compass Group Nederland BV/Lareej)*. Zie ook Ktr. Lelystad 2 februari 1993, *JAR* 1993/65 *(Office Data Europe BV/Beverwijk-van der Eijk)*.

procedureel bezwaar. Procedures over het wijzigen van de arbeidsovereenkomst worden ingediend met een dagvaardingsprocedure, die met andere waarborgen is omkleed dan de verzoekschriftprocedure.

Konijn is van mening dat een wijziging van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is op grond van art. 7:685 BW. Zij wijst er op dat bij art. 7:685 BW geen hoger beroep mogelijk is en geen beroep in cassatie open staat, terwijl bij ingrijpen in contractuele relaties waarborgen op zijn plaats zijn.[28] Dit aansluiten bij 'het ingrijpen in contractuele relaties' is naar mijn mening een minder sterk argument, omdat het algeheel ontbinden van de arbeidsovereenkomst ook is te beschouwen als 'ingrijpen in de contractuele relatie'. Een wijziging is wellicht zelfs een minder vergaande ingreep dan een beëindiging.

Bij een gedeeltelijke ontbinding lijkt van belang dat de aard van de arbeidsovereenkomst zo min mogelijk wordt aangetast. Naarmate die meer wordt aangetast, is de gedeeltelijke ontbinding namelijk eerder als inhoudelijke wijziging te beschouwen. De kantonrechter te Wageningen had ook (niet doorslaggevende) bezwaren tegen een gedeeltelijke ontbinding:

> 'Op dogmatische gronden is gedeeltelijke ontbinding wellicht niet mogelijk, doch er zijn goede argumenten, welke ook dogmatisch niet geheel onverdedigbaar zijn, waarom een dergelijke ontbinding praktisch kan zijn.'[29]

Het verzoek tot een gedeeltelijke ontbinding werd vervolgens toegewezen.

Naar mijn mening is een gedeeltelijke ontbinding soms wel mogelijk, maar moet terughoudendheid worden betracht bij het toepassen ervan. De werknemersbescherming die met het arbeidsrecht wordt beoogd, mag niet in het gedrang komen.[30] Die bescherming is naar mijn mening gewaarborgd, als wordt aangesloten bij de terughoudendheid die bij de gedeeltelijke ontbinding in de zin van art. 6:258 BW moet worden betracht, terwijl een gedeeltelijke ontbinding in de zin van art. 6:265 BW, waarbij iedere tekortkoming in de nakoming van de verbintenis ontbinding rechtvaardigt, niet mogelijk zou moeten zijn.[31]

---

28. Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 266 en 267.
29. Ktr. Wageningen 8 oktober 1997, JAR 1997/239 *(Stichting Centrum voor kunstzinnige vorming 't Venster/Van Holland)*.
30. Zie ook C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie', *Sociaal Recht* 2004/2, p. 43.
31. Bij een volledige ontbinding wordt in beginsel geen terughoudendheid betracht, maar daar speelt ook niet mee dat partijen de arbeidsovereenkomst deels voortzetten, terwijl dat bij een gedeeltelijke ontbinding wel meespeelt.

Een gedeeltelijke ontbinding zou mijns inziens schadebeperkend en dus vooral als alternatief voor een algehele ontbinding kunnen worden gebruikt. Een gedeeltelijke ontbinding op verzoek van de werknemer levert een spanning op met de mogelijkheden die aan de werknemer zijn toegekend op grond van de WAA.[32]

Jansen en Loonstra refereren aan art. 6:270 BW, waarin is bepaald dat een gedeeltelijke ontbinding een evenredige vermindering inhoudt van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid. De vermindering in hoeveelheid is dan in feite een 'temporele ontbinding'.[33] Dat is mijns inziens beter te verdedigen dan een ontbinding die een evenredige vermindering van de hoedanigheid omvat. Een ontbinding die een evenredige vermindering van de hoedanigheid omvat lijkt teveel op een inhoudelijke wijziging van de arbeidsovereenkomst en daarvoor is de ontbindingsmogelijkheid van art. 7:685 (en 7:686 BW) niet bedoeld. Dan zou namelijk met een beroep op de rechter de inhoud van de arbeidsovereenkomst en daarmee de partijautonomie ter discussie kunnen worden gesteld buiten de daarvoor bestaande en erkende gronden van art. 6:258 BW, art. 6:248 lid 2 BW, art. 7:611 BW, eventueel art. 7:613 BW en de WAA en de WAZ.

11.2.5 *Het einde van rechtswege en wijzigen*

Een vierde mogelijkheid waarop een arbeidsovereenkomst tot een einde kan komen, is als deze van rechtswege eindigt. In dat geval is geen nadere (rechts-)handeling van partijen vereist en loopt de arbeidsovereenkomst vanzelf af. Een arbeidsovereenkomst eindigt bijvoorbeeld van rechtswege als de werknemer overlijdt, zie art. 7:674 BW. Ook een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt van rechtswege na het verstrijken van de overeengekomen duur van de arbeidsovereenkomst. Partijen hebben dan van tevoren afgesproken voor welke periode zij een arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan.

Een combinatie van het einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege met een wijzigingsvoorstel is niet goed voorstelbaar. Het einde ontstaat namelijk vanzelf, zonder een rechtshandeling daartoe en dat heeft tot gevolg dat aan een dergelijke rechtshandeling geen wijzigingsvoorstel is te verbinden dat is gebaseerd op de onderhandelingskracht van een partij. Partijen die na het einde van rechtswege met elkaar verder willen, even-

32. Vgl. voor de beoordeling voor inwerkingtreding van de waa: M.S.A. Vegter, 'Ontbinding van arbeids- en opdrachtovereenkomst wegens onvoorziene omstandigheden', *Sociaal Recht* 1997/4, p. 107.
33. Vgl. C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie', *Sociaal Recht* 2004/2, p. 46.

tueel onder gewijzigde voorwaarden, zijn in beginsel dus aangewezen op onderhandelingen zonder dat zij de eerdere arbeidsovereenkomst daarbij kunnen betrekken. Zij moeten wel rekening houden met art. 7:668a BW. Ook kan de eerdere rechtsverhouding op grond van de redelijkheid en billijkheid meespelen tijdens de onderhandelingen. Ten slotte is mogelijk dat partijen rekening moeten houden met bepalingen die in de eerdere arbeidsovereenkomst zijn opgenomen, die de rechtsverhouding tussen partijen na het einde van de arbeidsovereenkomst beogen te regelen. Deze bepalingen kunnen namelijk van invloed zijn op de onderhandelingen.

Zo is voorstelbaar dat een werknemer die in zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concurrentiebeding of een relatiebeding heeft staan, erbij is gebaat dat hij opnieuw met zijn werkgever een arbeidsovereenkomst aangaat. Door het concurrentiebeding of het relatiebeding is zijn arbeidsmarktpositie niet volledig vrij en dat kan ertoe leiden dat hij de onderhandelingen met de werkgever opent om de arbeidsovereenkomst te verlengen.

Voorts is mogelijk dat partijen een intentieverklaring in de arbeidsovereenkomst opnemen, waarmee zij aangeven dat zij na het einde van de arbeidsovereenkomst voornemens zijn een nieuwe arbeidsovereenkomst met elkaar aan te gaan. Een dergelijke intentieverklaring is niet juridisch bindend, maar kan wel ertoe leiden dat partijen in onderhandeling treden over een verlenging. In dat geval kunnen partijen met de ervaring van de eerdere arbeidsovereenkomst een voorstel doen dat tevens wijzigingen bevat voor de rechtsverhouding ten opzichte van de eerdere arbeidsovereenkomst.

11.2.6 *Tussenconclusie*

In deze paragraaf kwamen de regels voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst aan de orde voor zover deze in verband staan met het wijzigen van de arbeidsovereenkomst. Als algemeen uitgangspunt geldt dat partijen de ruimte hebben te onderhandelen over het beëindigen van de arbeidsovereenkomst en daarbij ook kunnen onderhandelen over een nieuwe gewijzigde arbeidsovereenkomst. In paragraaf 2.1 bleek dat partijen met enige wettelijke bepalingen rekening moeten houden als zij een nieuwe arbeidsovereenkomst in gewijzigde vorm willen aangaan.

Opzegging is een eenzijdige rechtshandeling en een verzoek tot ontbinding kan door één partij worden ingediend. Overleg met de wederpartij is daarbij niet noodzakelijk. Het staat ter discussie of een partij de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk kan opzeggen of een verzoek kan doen tot gedeeltelijke ontbinding. In de praktijk komt het af en toe wel voor. Een belangrijk argument hiertegen is dat een conflict over een wijziging van de arbeidsovereenkomst in een dagvaardingsprocedure moet worden beslecht. Slechts dan is een rechter bevoegd over inhoudelijke wijzigingen van de

arbeidsovereenkomst te oordelen. De rechter bij een ontbindingsprocedure is dat niet. De CWI heeft evenmin bevoegdheden om in de contractsvrijheid te treden, maar kan slechts kiezen al dan niet toestemming voor opzegging te verlenen. De CWI kan aan deze toestemming een premisse kan koppelen, waarin wordt meegewogen dat vermoedelijk een nieuwe gewijzigde arbeidsovereenkomst tot stand zal komen als toestemming voor de opzegging wordt verleend.

Wat opvalt, is dat ook hier het onderscheid tussen de contractsband van de arbeidsovereenkomst en de inhoud van de arbeidsovereenkomst van belang is. Er bestaan wettelijk toegekende rechten om een eenzijdige rechtshandeling te verrichten die ertoe leidt dat de contractsband eindigt. Zodra daarbij tevens de inhoud van de arbeidsovereenkomst wordt betrokken, is al snel vereist dat partijen in onderhandeling treden. Dan is een tweezijdige rechtshandeling vereist. Het ontslagrecht dient er in beginsel voor de arbeidsovereenkomst in het geheel te beëindigen en is niet ingericht om een arbeidsovereenkomst te verlengen in gewijzigde inhoudelijke vorm. Dan prevaleert de partijautonomie.

11.3 Het wijzigen en het beëindigen van de overeenkomst als één leerstuk

11.3.1 *Eén leerstuk?*

Hammerstein en Vranken maken een horizontale vergelijking van de vernietiging, ontbinding, opzegging en de wijziging van overeenkomsten. Zij behandelen de bevoegdheden tot het beëindigen of wijzigen van overeenkomsten als één leerstuk en stellen dat in de afgelopen decennia een ontwikkeling is te zien 'waarin meer en meer de nadruk is komen te liggen op het zoveel mogelijk en zo nodig in aangepaste vorm nakomen en uitvoeren van de overeenkomst in plaats van deze voortijdig te beëindigen.' Ook bij de opzegging en de ontbinding zouden naar hun mening aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden mogelijk moeten zijn.

De regel uit het arrest *Baris/Riezenkamp* speelt een rol in de fase van het beëindigen van overeenkomsten. De plicht om met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden heeft geleid 'tot een ontwikkeling waarin de nadruk ligt op het zoveel mogelijk en zo nodig in aangepaste vorm nakomen en uitvoeren van overeenkomsten in plaats van deze voortijdig te beëindigen.' Dit vloeit mede voort uit overwegingen van evenredigheid en subsidiariteit.[34] 'Subsidiariteit houdt in dat een overeenkomst pas mag wor-

34. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 69 t/m 71.

den vernietigd, ontbonden of opgezegd, indien een andere, betere oplossing niet voorhanden is of niet gerealiseerd kan worden.'[35]

In het arrest *Baris/Riezenkamp* ging het over partijen die in onderhandeling traden over het sluiten van een overeenkomst, maar Hammerstein en Vranken hebben mijns inziens gelijk dat de regel uit dat arrest ook geldt tussen partijen bij een overeenkomst. De regel bepaalt namelijk dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid en dit blijkt ook uit de artt. 6:2 BW en 6:248 BW.

In de literatuur zijn diverse schrijvers ingegaan op de rol van subsidiariteit en proportionaliteit bij de ontbindingsbevoegdheid. Stolp heeft de verschillende opvattingen in de literatuur uiteengezet en behandelt tevens de rechtspraak van de Hoge Raad. Hij concludeert dat subsidiariteit en proportionaliteit amper ingang hebben gevonden bij de Hoge Raad.[36]

Een vaak gehoord argument tegen het toepassen van subsidiariteit en proportionaliteit bij de ontbinding is, 'dat ontbinding de enige bevoegdheid is die voorkomt dat de teleurgestelde contractant met een tekortschietende wederpartij wordt opgezadeld.'[37] Stolp betoogt echter dat subsidiariteit en proportionaliteit alleen ontbinding uitsluiten als ontbinding leidt tot een onevenredig zware schending van de belangen van de wederpartij.

Artikel 6:265 BW regelt de vereisten voor de ontbinding. In lid 1 staat dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van één van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Stolp brengt met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis naar voren dat de tenzij-clausule van art. 6:265 BW een uitzonderingsbepaling is. 'Zo bezien, komt art. 6:265 lid 1 er dus op neer dat ontbinding in principe mogelijk is, tenzij sprake is van een *wanverhouding* tussen de tekortkoming en de ontbinding.'[38]

Hammerstein en Vranken bepleiten de erkenning van aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden bij de ontbinding wegens wanprestatie. 'Overwegingen van flexibiliteit, evenredigheid en subsidiariteit pleiten ervoor om ook bij de ontbinding wegens wanprestatie aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden te

---

35. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 51.
36. M.M. Stolp, 'De bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 BW lid 1 BW in het licht van de subsidiariteit en proportionaliteit', *NTBR* 2000/8, p. 359.
37. M.M. Stolp, 'De bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 BW lid 1 BW in het licht van de subsidiariteit en proportionaliteit', *NTBR* 2000/8, p. 359.
38. M.M. Stolp, 'De bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 BW lid 1 BW in het licht van de subsidiariteit en proportionaliteit', *NTBR* 2000/8, p. 355.

erkennen.'[39] Het is minder duidelijk of Hammerstein en Vranken ook een voorstander zijn van wijzigingsbevoegdheden als partijen de overeenkomst wel onverkort nakomen, want daar gaan zij niet nader op in.

Wel lijken zij van mening dat soms een wijziging van een overeenkomst zou moeten worden gerealiseerd als alternatief voor de opzegging ervan.[40] Zij maken daarbij een verschil tussen de situatie waarin de opzegging is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid en opzegging die is gegrond op contractuele of wettelijke bevoegdheden. In de eerste situatie achten zij 'verdedigbaar dat rechter en partijen over voldoende bevoegdheden beschikken om te nuanceren op een manier die de situatie van aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden dicht nadert.'[41] Zij geven onder meer de volgende mogelijkheden: 'opnieuw onderhandelen, het verminderen van de prijs, herstel-, schade- of goodwillvergoeding en gelegenheid geven tot aanpassing aan nieuwe ontwikkelingen.'[42] In de tweede situatie bestaan minder ruime aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden.

Hammerstein en Vranken wijzen tevens op het zogenaamde coöperatiebeginsel:

> 'De aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de regeling van onvoorziene omstandigheden vormen samen de uitdrukking van het coöperatiebeginsel, dat, voor zover hier relevant, partijen verplicht eraan mee te werken dat de overeenkomst zo goed mogelijk wordt uitgevoerd, ook wanneer vernietigbaarheden, tekortkomingen bij de nakoming of veranderde omstandigheden roet in het eten dreigen te gooien.'[43]

Zij geven daarbij aan dat dit beginsel in Nederland niet of nauwelijks wordt gebruikt, terwijl dat wel gebeurt in diverse andere landen, zoals Frankrijk, Duitsland en Engeland.

Past de zienswijze van Hammerstein en Vranken bij de bestaande regels voor het beëindigen van de overeenkomst? Naar mijn mening is hier net als

---

39. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 57.
40. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 58.
41. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 59.
42. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 59.
43. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 60.

bij de arbeidsovereenkomst van belang dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de contractsband van de (duur-)overeenkomst en de inhoud ervan. De mogelijkheid tot eenzijdig wijzigen van de inhoud van de overeenkomst past slecht bij de gedachte achter de overeenkomst, namelijk dat deze op wilsovereenstemming is gebaseerd. Het beëindigen van de overeenkomst is van andere orde, want dan gaat het om het voortbestaan van de contractsband en niet om de voorwaarden waaronder dat gebeurt.

De wetgever en de Hoge Raad hebben voor het voortbestaan van een overeenkomst bepaalde regels gerealiseerd, die partijen de mogelijkheid bieden eenzijdig een einde aan de contractsband te maken, eventueel onder toekenning van schadevergoeding aan de wederpartij.[44] Voor het eenzijdig wijzigen van de inhoud van de overeenkomst – zonder dat sprake is van een wilsgebrek of een toerekenbare tekortkoming – heeft de wetgever slechts de regels van art. 6:258 BW en art. 6:248 lid 2 BW opgenomen.

De Hoge Raad heeft nooit overwogen dat een partij eenzijdig een overeenkomst kan wijzigen, maar sluit eerder aan bij de verbindende kracht van de overeenkomst door het vereiste van tweezijdigheid voor wijzigingen als uitgangspunt te nemen.[45] Het eindigen en het wijzigen van een overeenkomst zijn naar hun aard dan ook andere rechtshandelingen, die mijns inziens ieder een apart regelkader behoren te hebben.

Bij bepaalde rechtsregels speelt subsidiariteit wel een rol, namelijk als een partij een overeenkomst is aangegaan onder misbruik van omstandigheden of onder dwaling. Hammerstein en Vranken wijzen hier ook op.[46] Het gaat dan steeds om situaties, waarbij de overeenkomst aantastbaar is, omdat de totstandkoming ervan juridisch niet deugt. Een partij heeft niet op een rechtens juiste wijze gebruik kunnen maken van de contractsvrijheid, waardoor een wilsgebrek ontstaat. Bij misbruik van omstandigheden kan een partij een beroep doen op art. 3:54 BW om de overeenkomst te wijzigen. De overeenkomst wordt dan gewijzigd – een ingreep die meer voldoet aan subsidiariteit dan een beëindiging –, zodat deze voldoet aan de vereisten van proportionaliteit. Ook bij dwaling kan de overeenkomst worden gewijzigd in plaats van vernietigd. Art. 6:230 BW bepaalt namelijk dat de bevoegdheid tot het vernietigen van de overeenkomst wegens

---

44. Zie hoofdstuk 3, paragrafen 5.3 en 5.4. De Hoge Raad heeft de regels voor het opzeggen van duurovereenkomsten nader vormgegeven; zie daarover paragraaf 5.3 van hoofdstuk 3.
45. Uit het arrest Van der Lely/Taxi Hofman blijkt bijvoorbeeld de eis van tweezijdigheid, omdat de werknemer een wijziging wel dient te aanvaarden. Dit laat overigens onverlet dat het onredelijk kan zijn van de werknemer een voorstel tot een wijziging niet te aanvaarden. Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 3.4 en hoofdstuk 9, paragraaf 2.2.
46. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 55.

dwaling vervalt, als de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft.

Bij de ontbinding wegens wanprestatie is iets voor te zeggen voor het realiseren van wijzigingsbevoegdheden, omdat in dat geval de overeenkomst niet wordt nagekomen door één van de partijen. De wederpartij van de partij die wanprestatie pleegt heeft in dat geval beperkte rechtsmiddelen. Hij kan de overeenkomst beëindigen en eventueel schadevergoeding vorderen. Het invoeren van een wijzigingsbevoegdheid is hier wellicht te rechtvaardigen door de toerekenbare tekortkoming van de wederpartij. De wederpartij komt de overeenkomst niet na en handelt daarmee in strijd met de verbindende kracht van de overeenkomst. De partij, die daarmee wordt geconfronteerd kan dan wellicht ook minder sterk vasthouden aan de verbindende kracht van de overeenkomst, ten minste, als daartoe eenzijdig toegekende wijzigingsrechten worden gerealiseerd, die voldoen aan proportionaliteit en subsidiariteit.

Als een contractspartij bijvoorbeeld met een andere partij een koopovereenkomst aangaat voor de koop en levering van 200 stuks van een bepaald goed, maar slechts een deel levert, dan kan de wederpartij met een beroep op de exeptio non adimpleti contractus in ieder geval zijn prestatie (voor een deel) opschorten. Als blijkt dat de andere partij naar alle waarschijnlijkheid blijvend in gebreke blijft, dan is het naar mijn mening het meest praktisch als inderdaad een wijzigingsbevoegdheid ontstaat. Slechts de geleverde goederen worden dan betaald.

Als een wijzigingsbevoegdheid wordt aangenomen, dan komt tevens de vraag op of gebruik van deze bevoegdheid eraan in de weg staat schadevergoeding te eisen in verband met de oorspronkelijke tekortkoming. De oorspronkelijke tekortkoming is immers teniet gedaan door de wijziging. Naar mijn mening staat het gebruik van een wijzigingsbevoegdheid er niet aan in de weg schadevergoeding te eisen, ondanks dat de wijzigingsbevoegdheid is toegepast en de toerekenbare tekortkoming teniet is gedaan. Door de oorspronkelijke tekortkoming kan namelijk wel schade ontstaan en voor die schade blijft een vordering bestaan (gegrond op de oorspronkelijke tekortkoming in de nakoming), ook als de overeenkomst vervolgens wordt gewijzigd. Partijen kunnen bij de wijziging wel regelen of de schade moet worden vergoed of dat de wijziging tevens ertoe leidt dat een partij zijn recht prijsgeeft om schadevergoeding te vorderen. Als partijen hierover niets afspreken, dan kan ervan uit worden gegaan dat het recht om een schadevergoeding te vorderen niet is prijsgegeven.

Naar mijn mening komt aan subsidiariteit buiten de situatie dat sprake is van een wilsgebrek of een toerekenbare tekortkoming, geen grote rol toe. Subsidiariteit levert een spanning op met de verbindende kracht van de overeenkomst. Een partij heeft namelijk zijn contractsautonomie door mid-

del van een overeenkomst prijsgegeven en daarmee tevens het recht om zich ten aanzien van de gebonden onderwerpen te laten leiden door zijn subjectieve voorkeur.

Een ruime toepassing van subsidiariteit levert ook spanning op met het beginsel van contractsvrijheid. Het kan namelijk tot contractsdwang leiden, omdat een partij niet meer de vrijheid zou hebben een overeenkomst te beëindigen als tevens een wijziging mogelijk is. Als een partij kan worden gedwongen een wijziging te accepteren, dan wordt afbreuk gedaan aan de fundamentele basis van de overeenkomst, namelijk dat een partij slechts gebonden kan raken als hij daartoe de wil heeft en deze ook heeft geuit in een verklaring.

Als aan subsidiariteit een rol wordt toegekend, dan moet naar mijn mening bij de toepassing daarvan tevens met de belangen van de wederpartij rekening wordt gehouden. Dit vloeit ook voort uit het arrest *Baris/Riezenkamp*, art 6:2 BW en art 6:248 BW. De erkenning van de contractsband door partijen heeft tot gevolg dat zij met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening moeten houden en dit geldt ook als de inhoud van de overeenkomst onduidelijk is of nader moet worden uitonderhandeld.

Een partij die de overeenkomst met een beroep op subsidiariteit wil wijzigen, moet mijns inziens eerst de onderhandelingen openen. In de onderhandelingsfase krijgt de wederpartij de mogelijkheid zijn belangen te behartigen en kunnen partijen wellicht tot overeenstemming komen. Als dat laatste niet lukt, dan zou een partij kunnen proberen in rechte de overeenkomst te wijzigen.

Het coöperatiebeginsel is mijns inziens een beginsel dat het beginsel van de verbindende kracht nader tot uitdrukking brengt. De verplichting de overeenkomst zo goed mogelijk uit voeren vloeit in eerste instantie voort uit de overeenkomst zelf. Ook brengen de redelijkheid en billijkheid nader tot uitdrukking dat partijen een overeenkomst zo goed mogelijk moeten uitvoeren.

De regels voor het wijzigen en beëindigen van de overeenkomst vormen mijns inziens niet zonder meer een samenhangend geheel om uitvoering te geven aan de rechtsverhouding tussen partijen. Het verschil tussen de inhoud van de overeenkomst en het (al dan niet blijven) bestaan van de rechtsband staat daaraan in de weg.

De beëindigingsmogelijkheden bieden weliswaar onderhandelingskracht om van de wederpartij medewerking af dwingen voor het wijzigen van een overeenkomst, maar de beginselen van contractsvrijheid en van de verbindende kracht van de overeenkomst vereisen als hoofdregel dat een wilsuiting van beide partijen noodzakelijk is voor de wijziging van een overeenkomst. Die hoofdregel staat eraan in de weg de regels voor het wijzigen en beëindigen van de overeenkomst op één lijn te stellen.

Het beëindigen van de overeenkomst kan in een aantal gevallen wel eenzijdig worden gerealiseerd, al vormt dit een beperking van het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst. Dit eenzijdig beëindigen is gezien de jurisprudentie over de opzegging van duurovereenkomsten, gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid.

Bij de beëindiging van de overeenkomst gaat het dus meer om de mate van de verbindendheid van de overeenkomst, terwijl het bij het wijzigen van de overeenkomst niet alleen daarbij blijft, omdat ook de contractsvrijheid van partijen ten aanzien van de inhoud van een bestaande overeenkomst meespeelt. De mogelijkheid de overeenkomst te beëindigen is wel als ultimum remedium te gebruiken tijdens onderhandelingen over een wijziging van de overeenkomst.

11.3.2 *Arbeidsrechtelijke toepassing*

In paragraaf 2 is nader ingegaan op de vraag in hoeverre wijzigingsbevoegdheden een rol spelen bij het einde van de arbeidsovereenkomst en daarbij werd het geldende recht als uitgangspunt genomen. In paragraaf 3.1 kwam aan de orde in hoeverre het wijzigen en het beëindigen van de overeenkomst als één leerstuk is te beschouwen. In deze paragraaf wordt onderzocht of de eigen aard van het arbeidsrecht en van de arbeidsovereenkomst ertoe leiden dat partijen bij een arbeidsovereenkomst verdergaande wijzigingsbevoegdheden zouden kunnen krijgen. Die wijzigingsbevoegdheden zouden als alternatief kunnen dienen voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De zienswijze dat het wijzigen en het beëindigen van de overeenkomst als één leerstuk is te benaderen wordt in deze paragraaf toegepast op de arbeidsovereenkomst. Ook wordt bekeken in hoeverre het geldende recht hier als uitgangspunt kan dienen.

In het overeenkomstenrecht komt een rol toe aan aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden op het moment dat een contractuele deficiëntie ontstaat, zoals een toerekenbare tekortkoming of een wilsgebrek. Bij de arbeidsovereenkomst zou bij het ontbreken van contractuele deficiënties ook een rol kunnen toekomen aan aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden.

De noodzaak hiertoe zou kunnen voortvloeien uit de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst. Die bijzondere aard kwam naar voren in de hoofdstukken over arbeid, ondergeschiktheid en organisatie.[47] Uit deze hoofdstukken blijkt dat de arbeidsovereenkomst een dynamische duurovereenkomst is, wat tot gevolg heeft dat contractspartijen relatief vaak met feitelijke wijzigingen kunnen worden geconfronteerd, waarvan sommige van

47. Hoofdstukken 6, 7 en 8.

invloed zijn op de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de werkgever. Die invloed kan ertoe leiden dat de feitelijke wijzigingen en de inhoud van de arbeidsovereenkomst niet met elkaar stroken. Partijen blijven dan gebonden aan de oorspronkelijke afspraken uit de arbeidsovereenkomst, want de arbeidsovereenkomst is gebaseerd op wilsovereenstemming en de rechtszekerheid vereist dat partijen ervan kunnen uitgaan dat de afspraken uit de arbeidsovereenkomst worden nagekomen. Wel kunnen de wijzigingen een reden vormen om de oorspronkelijke afspraken aan te passen met behulp van de wijzigingsmogelijkheden die werden beschreven in hoofdstuk 9.

Als de wijzigingen niet tot contractuele wijzigingen kunnen leiden, dan kan dat tot gevolg hebben dat partijen slechts de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als alternatief overhouden.[48] Dit alternatief kan echter worden afgewogen tegen het feit dat beide partijen er belang bij hebben dat de arbeidsovereenkomst gewijzigd voortduurt. Voor de werknemer speelt mee dat hij voor zijn dagelijkse levensonderhoud van het uit arbeid genoten inkomen afhankelijk is. De werkgever wil doorgaans een werknemer niet verliezen, waarin hij heeft geïnvesteerd door middel van opleiding en die voor het betreffende werk relevante ervaring heeft opgebouwd.

Een te strikte toepassing van de verbindende kracht van de arbeidsovereenkomst helpt partijen dus onder bepaalde omstandigheden niet verder. Het arbeidsovereenkomstenrecht is dan te star – te sterk gebaseerd op het algemene overeenkomstenrecht. Een alternatief – van het overeenkomstenrecht afwijkend – systeem voor het wijzigen van de arbeidsovereenkomst zou dan uitkomst kunnen bieden voor partijen. In een dergelijk systeem zou in mindere mate de oorspronkelijke overeenkomst als uitgangspunt moeten dienen. Het uitgangspunt zou kunnen zijn dat partijen bij een dynamische duurovereenkomst zoals de arbeidsovereenkomst in verdergaande mate met de redelijke belangen van de wederpartij rekening moeten houden dan partijen bij een overeenkomst. Zo beschouwd is het een arbeidsrechtelijke uitwerking van het arrest *Baris/Riezenkamp*, waarbij de grens van wat van partijen kan worden gevergd wordt verlegd.[49] Zowel bij het bestaan als bij het ontbreken van contractuele deficiënties zou rekening kunnen worden gehouden met de belangen van de wederpartij.

Het systeem moet kunnen rechtvaardigen dat de arbeidsovereenkomst minder verbindend is dan de overeenkomst. De rechtvaardiging is naar mijn mening te baseren op de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst en op de redelijkheid en billijkheid.

---

48. Het gaat hier dan wel om wijzigingen waarvoor een contractuele wijzigingsbevoegdheid inroepbaar is en niet om wijzigingen die op grond van de instructiebevoegdheid kunnen worden doorgevoerd.

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

De feitelijke uitvoering is bijzonder, omdat bij de arbeidsovereenkomst sprake is van een duurzaam en persoonlijk samenwerkingsverband. De werknemer verricht de arbeid persoonlijk gedurende een groot deel van zijn tijd. Hij treedt toe tot de arbeidsorganisatie van de werkgever en verkeert daar in ondergeschiktheid. Art. 7:611 BW vergt van partijen dat zij op een positieve wijze invulling geven aan het samenwerkingsverband. Zij moeten voortdurend rekening houden met de verplichtingen van goed werknemerschap en goed werkgeverschap tijdens de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De inhoud van de arbeidsovereenkomst is daarbij mede bepalend, maar staat niet op zichzelf. De inhoud van de arbeidsovereenkomst is namelijk niet alomvattend en beschrijft slechts voor een deel hoe aan de arbeidsovereenkomst feitelijk uitvoering moet worden gegeven. Het andere deel komt tot ontwikkeling als partijen feitelijk uitvoering geven aan de arbeidsovereenkomst. Dan blijkt bijvoorbeeld welke capaciteiten een werknemer heeft, hoe snel hij werkt en op welke wijze de werknemer een plaats krijgt binnen de arbeidsorganisatie. Tijdens de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan blijken dat de werknemer andere arbeid verricht dan uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeit of dat hij structureel meer of minder uren werkt dan in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Als de werknemer meer werkt, dan kan hij met een beroep op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW proberen de feitelijke omvang van de arbeidsovereenkomst aan te passen. De werkgever lijkt echter geen beroep te kunnen doen op dit rechtsvermoeden, al sluit de wet het strikt genomen niet uit. Als een werkgever een beroep zou doen op art. 7:610b BW, dan zou de werknemer de bewijslast krijgen om het rechtsvermoeden te weerleggen. De werkgever kan zeker belang hebben bij een beroep op het rechtsvermoeden, bijvoorbeeld als hij wenst dat een werknemer structureel meer of minder bepaalde werkzaamheden gaat verrichten.

De formulering van art. 7:610b BW sluit mijns inziens dus ook niet uit dat het rechtsvermoeden wordt ingeroepen in de situatie dat een partij wil aantonen dat de werknemer structureel minder werkt dan afgesproken. De werknemer kan strikt genomen ook een beroep doen op art. 7:610b BW om een gemiddeld lagere arbeidsomvang per week aan te tonen. Dit kwam bijvoorbeeld aan de orde bij kantonrechter te Zutphen.[50] De werkneemster had een min-max-contract van 20-32 uur per week en werkte steeds 22 uur per week op vaste tijden. Als zij door de werkgever wordt gevraagd meer uren te werken, dan weigert ze dat, omdat zij geen kinderoppas heeft. Zij wijst op art. 7:610b BW en stelt dat de gemiddelde arbeidsduur 22 uur per week is. De kantonrechter overweegt dat feitelijk gewerkte uren wellicht ertoe hebben geleid dat het minimum aantal uren is gewijzigd, maar niet

50. Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, *JAR* 2006/257.

dat het overeengekomen maximum is aangepast. Niettemin meent de kantonrechter dat de werkgever niet zomaar van de werkneemster kan vragen meer uren per week te werken en wijst naar de persoonlijke omstandigheden van de werkneemster:

> 'Onder deze omstandigheden bracht goed werkgeverschap mee, dat werkgeefster geen verandering bracht in het vaste arbeidsritme zonder tevoren goed te overleggen met werkneemster, haar zo nodig te faciliteren bij het vinden van kinderopvang en haar enige tijd de gelegenheid te geven zich op de nieuwe situatie in te stellen.'[51]

In deze uitspraak worden de contractuele afspraken minder op de voorgrond gesteld. Die afspraken (de min-max.-afspraken) lijken er echter aan in de weg te staan dat de werkneemster met het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW duidelijkheid krijgt over het aantal uren dat zij moet werken. De kantonrechter geeft een oplossing met een beroep op goed werkgeverschap, maar in dit geval wilden partijen toch de arbeidsovereenkomst beëindigen en deze wordt dan ook ontbonden.

Art. 7:610b BW heeft net als de WAA te maken met de omvang van de arbeidsduur. Het is naar mijn mening onwenselijk dat de werknemer art. 7:610b BW gebruikt in plaats van de WAA. Art. 7:610b BW heeft tot doel de bewijspositie van de werknemer te beschermen ten aanzien van wat feitelijk al gebeurt. Met een beroep op de WAA kan de werknemer (die voldoet aan de vereisten van de WAA) een verandering in de overeenkomst aanbrengen voor de toekomst, overigens zonder dat hij zijn verzoek tot aanpassing hoeft te motiveren.[52] Feitelijk wordt een bepaald aantal uren gewerkt, maar de werknemer wil daarin verandering brengen. Bij art. 7:610b BW werkt de werknemer feitelijk een aantal uren, terwijl dit aantal afwijkt van het contractueel overeengekomen aantal uren. Met een beroep op art. 7:610b BW kan de overeenkomst weer in overeenstemming worden gebracht met de praktijk. Het realiseren van de rechtsvermoedens is overigens een bevestiging dat aan de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst een (soms doorslaggevende) rol toekomt.

De rechtvaardiging voor een arbeidsrechtelijk systeem waarbij een wijziging kan dienen als alternatief voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bestaat naar mijn mening dus op grond van twee criteria, namelijk de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de redelijkheid en billijkheid. Deze criteria zijn altijd van belang en kunnen ook altijd in de

---

51. Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, *JAR* 2006/257, overweging 2.3.7.
52. E. Verhulp 2006 (*T&C Arbeidsrecht*), art. 2 WAA, aant. 1e.

praktijk worden ingezet om tot een oplossing te komen. Een aantal andere aspecten is tevens van belang:

- de beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet altijd als alternatief blijven bestaan;
- ondergeschiktheid is in beginsel geen grondslag voor een wijziging;
- incidentele wijzigingen bij de feitelijke uitvoering kunnen niet tot een wijziging leiden; de oorspronkelijke partijbedoeling speelt hier een belangrijke rol;
- er dient duidelijkheid te bestaan over het moment waarop een wijziging tot stand komt (vgl. ABN *Amro/Malhi*);
- Er dienen voldoende waarborgen te bestaan tegen misbruik.

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst dient altijd als alternatief te blijven bestaan. Een andere opvatting is in strijd met art. 7:685 BW, waarin staat dat partijen altijd de rechter moeten kunnen verzoeken om een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst. Die mogelijkheid kan niet worden uitgesloten.

De ondergeschiktheid van de werknemer is in beginsel geen grondslag voor een (contractuele) wijziging. De werkgever baseert zijn instructiebevoegdheid (deels) op de ondergeschiktheid en de instructiebevoegdheid strekt zich slechts uit over de uitvoering van een bestaande arbeidsovereenkomst. Het is echter lastig te bepalen in hoeverre de ondergeschiktheid de grondslag is voor een wijziging bij de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst. In de praktijk kunnen wijzigingen in de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst zeer wel het gevolg zijn van instructies van de werkgever. Het is onwenselijk dat een werknemer instructies krijgt om een lagere functie uit te oefenen dan waarvoor hij is aangenomen en dat dit vervolgens tot een aanpassing leidt van zijn arbeidsovereenkomst. De werknemer dient in dit geval tijdig aan te geven dat hij niet structureel een lagere functie wil uitoefenen. Tevens moet in geval van twijfel sterk worden vastgehouden aan de oorspronkelijke bedoeling van partijen toen zij de arbeidsovereenkomst aangingen. De bedongen arbeid is dus in beginsel bepalend.

Als de werkgever de werknemer instructies geeft om een hogere functie te bekleden, dan zou dit wel tot een wijziging kunnen leiden. In de meeste gevallen zal een werknemer daarmee namelijk ook akkoord gaan, waardoor bij de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst wilsovereenstemming bestaat over een verandering van de aard van de werkzaamheden. Als de werkgever slechts instructies geeft dat een werknemer tijdelijk een hogere functie bekleedt, bijvoorbeeld om iemand te vervangen, dan leidt dat niet tot wijzigingen. Dit zou anders kunnen zijn als die hogere functie voor een behoorlijk lange periode moet worden ingevuld. Het voogestelde

rechtsvermoeden over de bedongen arbeid uit hoofdstuk 7, paragraaf 4.5 zou hier van pas kunnen komen.

Incidentele wijzigingen bij de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst leiden niet tot een wijziging van de arbeidsovereenkomst. De wijzigingen in de feitelijke uitvoering dienen een structureel karakter te hebben. Het gaat erom dat de rechtsverhouding nader wordt ingevuld nadat een arbeidsovereenkomst is aangegaan en dat een afwijkende feitelijke invulling ten opzichte eerdere afspraken bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst tot een aanpassing moet kunnen leiden van de arbeidsovereenkomst.

Uit het arrest *ABN Amro/Malhi* blijkt dat de rechtszekerheid meebrengt dat een moment van gebondenheid tussen contractspartijen aanwijsbaar moet zijn.[53] Dit geldt naar mijn mening niet alleen voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst als geheel, maar ook voor deelafspraken of een enkele contractsbepaling. De wijziging van de arbeidsovereenkomst leidt tot een nieuw moment van gebondenheid ten aanzien van een deel van de arbeidsovereenkomst en dat moment moet dus ook aanwijsbaar zijn.

Er dienen voldoende waarborgen te bestaan tegen misbruik, want de werknemer is meestal de zwakkere contractspartij en de werkgever heeft daardoor een bepalende rol bij onderhandelingen over de arbeidsovereenkomst. Dit geldt ook in het bovenstaande systeem, dat tot contractuele wijzigingen kan leiden. De werknemer wordt echter beschermd, omdat de feitelijke wijzigingen een structureel karakter moeten hebben en omdat de redelijkheid steeds tevens meespeelt. Daarbij komt dat feitelijke wijzigingen binnen het systeem niet vanzelf tot een wijziging leiden. De werknemer moet daarmee akkoord gaan en als hij daartoe niet bereid is, dan is rechterlijke interventie vereist, tenzij een eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen. Ook dan bestaat rechterlijke bescherming, maar is het aan de werknemer om daarop een beroep te doen.

Het bovenstaande systeem heeft veel gelijkenissen met het bestaande systeem om tot een wijziging van de arbeidsovereenkomst te komen. Er is echter één belangrijk verschil. In het huidige systeem wordt ervan uitgegaan dat een partij een feitelijke wijziging in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wil doorvoeren en daarom een aanpassing van de arbeidsovereenkomst nastreeft. Het bovenstaande systeem gaat over een andere situatie, namelijk dat partijen feitelijk uitvoering geven aan de arbeidsovereenkomst die zij vervolgens willen aanpassen, zodat deze weer overeenstemt met de werkelijkheid.

---

53. HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100 *(ABN Amro/Malhi)*. Vgl. de Conclusie van A-G Verkade voor het arrest HR 15 september 2006, *JAR* 2006/244 *(Schoenmaker/ANWB)*, onder 5.

Ten slotte kan naar mijn mening in het arbeidsrecht meer betekenis worden toegekend aan het door Hammerstein en Vranken genoemde coöperatiebeginsel. Het coöperatiebeginsel houdt kort gezegd in dat partijen verplicht zijn eraan mee te werken dat de overeenkomst zo goed mogelijk wordt uitgevoerd:

> 'De aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de regeling van onvoorziene omstandigheden vormen samen de uitdrukking van het coöperatiebeginsel, dat, voor zover hier relevant, partijen verplicht eraan mee te werken dat de overeenkomst zo goed mogelijk wordt uitgevoerd, ook wanneer vernietigbaarheden, tekortkomingen bij de nakoming of veranderde omstandigheden roet in het eten dreigen te gooien.'[54]

Een belangrijk probleem met dit beginsel, is dat het 'zo goed mogelijk uitvoeren van de overeenkomst' moeilijk toetsbaar is en een te beperkte, contractuele benadering zou kunnen opleveren van de arbeidsverhouding. Een coöperatiebeginsel voor het arbeidsrecht zou naar mijn mening moeten inhouden dat partijen bij een arbeidsovereenkomst zo goed mogelijk – naar beste kunnen – uitvoering geven aan de onderlinge verplichtingen die voorvloeien uit hun onderlinge rechtsbetrekking. De arbeidsovereenkomst is namelijk slechts de juridische band waarmee een meeromvattende verhouding wordt geduid. Het meeromvattende van de verhouding vloeit voort uit de bijzondere kenmerken van de arbeidsovereenkomst die in de eerdere hoofdstukken aan de orde kwamen, namelijk arbeid (en de verplichting van de werknemer om dit persoonlijk te verrichten), ondergeschiktheid en organisatie. Juist die bijzondere kenmerken kunnen ertoe leiden dat incidenteel en soms structureel de overeenkomst als te beperkend wordt ervaren terwijl partijen de rechtsband niet zonder meer willen opgeven. Zo kan incidenteel voorkomen dat een werknemer zorgtaken moet uitvoeren ondanks dat hij daarvoor geen rechten op verlof heeft. Een structurele beperking ontstaat als een partij niet meer in staat is de arbeidsovereenkomst uit te voeren, terwijl partijen wellicht wel met elkaar verder willen, kortom, de rechtsband willen laten bestaan, maar de voorwaarden waaronder deze bestaat, willen aanpassen. Hier kan worden gedacht aan de situatie dat een oudere werknemer minder werkdruk zou willen en daarom andere taken wil gaan uitvoeren, wellicht in ruil voor een minder hoge beloning. Een ander voorbeeld is als de werkgever in betalingsnood verkeert en daarom de lonen

54. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 60.

zou willen verlagen teneinde een poging te doen de onderneming van de ondergang te behoeden. Bij deze voorbeelden past het coöperatiebeginsel.

De kernoverweging van het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman* is naar mijn mening een uitwerking van het coöperatiebeginsel. Uit de kernoverweging blijkt namelijk dat de werknemer een constructieve houding moet aannemen als de werkgever redelijke voorstellen doet die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk:

> '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.'[55]

11.4 Conclusie

De arbeidsovereenkomst en de overeenkomst wijzigen in de meest ultieme vorm zodra partijen tot een beëindiging van de rechtsband overgaan of één van de partijen daartoe overgaat. In dit hoofdstuk kwam naar voren dat de rechtsregels voor beëindiging van de rechtsband in beginsel niet op één lijn kunnen worden gesteld met de rechtsregels voor het wijzigen van de arbeidsovereenkomst of de overeenkomst. Wel zijn de mogelijkheden om een overeenkomst of een arbeidsovereenkomst te beëindigen bruikbaar om onderhandelingen aan te gaan en over een wijziging. Een wijziging geldt dan wel als alternatief voor een beëindiging, echter zonder dat deze twee methodieken voor de aanpassing van een contract binnen één systeem vallen. In paragraaf 3.2 is onderzocht of de eigen aard van het arbeidsrecht en de arbeidsovereenkomst ertoe leidt dat partijen bij een arbeidsovereenkomst behoefte hebben aan verdergaande wijzigingsbevoegdheden. Daar is een systeem voorgesteld gebaseerd op de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de redelijkheid en billijkheid. Bij de arbeidsovereenkomst zou namelijk eerder de situatie zich kunnen voordoen dat partijen feitelijk uitvoering geven aan de arbeidsovereenkomst en die vervolgens willen aanpassen, zodat de arbeidsovereenkomst weer in overeenstemming is met de werkelijkheid. Dit vloeit voort uit het feit dat de arbeidsovereenkomst een duurzaam en dynamisch samenwerkingsverband tussen de werkgever en de werknemer beoogt te regelen.

55. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199, R.o. 3.4.