Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.26305

File ID uvapub:26305
Filename 103_-_AI_-_611-613-248.pdf
Version unknown

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):
Type article
Title De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248
Author(s) R.M. Beltzer
Faculty UvA: Universiteitsbibliotheek
Year 2004

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.426337

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 than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-11-27)

De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248

Mr. R.M. Beltzer

1. Inleiding

In zijn bijdrage "Het arbeidsrechtelijke schisma: contract of institutie", opgenomen in het vorige nummer van deze uitgave[1], doet B.H.M. Moonen een voorzet om de problematische[2] trits 7:611-7:613-6:248 BW te ontrafelen. Na enkele door andere auteurs naar voren gebrachte theorieën omtrent de verhouding tussen deze bepalingen naar voren te hebben gebracht, stelt hij een zogenaamde "essentialiabenadering" voor, daarbij aansluitend bij een eerdere discussie tussen Zondag en Heinsius[3] en bij een artikel van Jansen en Loonstra.[4] Volgens Moonen dient een onderscheid te worden gemaakt tussen essentiële en niet-essentiële arbeidsvoorwaarden: "Het uitgangspunt zou behoren te zijn dat naarmate een arbeidsvoorwaarde meer tot *de essentie van de arbeidsovereenkomst* behoort en naarmate de wijziging *ingrijpender is voor de werknemer*, er een *zwaardere* toets moet worden aangelegd." Daarin kan ik hem volgen, om de eenvoudige reden dat het in het algemeen zo zou moeten zijn dat naarmate een verandering van de rechtsverhouding grotere gevolgen heeft, van partijen een grotere zorgvuldigheid mag worden verwacht in het traject dat uiteindelijk tot de gewenste verandering of juist het definitief afzien van die verandering leidt. Daarin is de arbeidsovereenkomst uiteraard niet uniek.

Moonen stelt vervolgens dat art. 7:613 BW geen toegevoegde waarde heeft, "zeker na het schrappen van het rechtsvermoeden dat aan het zwaarwichtig belang was voldaan indien er overeenstemming met de ondernemingsraad was of de wijziging voortvloeide uit een de werkgever bindende CAO." Ik begrijp hem aldus, dat de toets alleen nog maar aan art. 7:611 BW (voor minder essentiële arbeidsvoorwaarden die voor wijziging voorliggen) of art. 6:248 BW (ten aanzien van de wijziging van essentiëlere arbeidsvoorwaarden) dient te geschieden. Moonen sluit zijn bijdrage af met de opmerking dat critici zullen zeggen dat de discussie wordt verschoven naar de vraag wat nu een essentiële arbeidsvoorwaarde is: "Mijns inziens is dat echter de plaats – is de arbeidsvoorwaarde essentiëler, dan is het belang voor de werknemer groter – waar de discussie gevoerd behoort te worden."

Nu behoor ook ik tot de critici. De belangrijkste tegenwerping tegen zijn stelling dat art. 7:611 BW ziet op wijziging van de minder belangrijke, en art. 6:248 lid 2 BW op wijziging van de essentiële bepalingen van de arbeidsovereenkomst, is dat zij door de Hoge Raad nimmer is gevolgd. Nota bene in de uitspraak van de Hoge Raad[5] waarin volgens mij het probleem omtrent de verhouding tussen de artikelen voor het eerst duidelijk naar voren kwam, impliceert de Hoge Raad juist het tegendeel van deze benadering: het ging in deze zaak om een functiewijziging, toch

---

[1] *Arbeid Integraal* 2004/1, p. 5-8.

[2] Problematisch, omdat deze artikelen alle drie toepasselijkheid zouden kunnen claimen in de situatie dat een der partijen een in de arbeidsovereenkomst opgenomen bepaling wenst te wijzigen.

[3] Opgenomen in *SR* 2000, p. 46-64 en p. 141-144.

[4] C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, annotatie bij HR 28 april 2000, JAR 2000/120 (Guitoneau/Midnet Tax BV), *ArA* 2001/1, p. 30-44.

[5] HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/19 (Van der Lely/Taxi Hofman).

een van de essentiële, zo niet het meest essentiële element uit de arbeidsovereenkomst.

Een belangrijkere reden dat ik de essentialiabenadering niet wil volgen, is dat ik denk dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad wel degelijk een logische scheiding tussen de artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 BW valt te destilleren. Met meer of minder essentiële arbeidsvoorwaarden heeft dat echter weinig te maken.

2. Het debat over contract of institutie

Volgens Moonen is de verwarring over de reikwijdte van de artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 BW veroorzaakt door de vraag of de arbeidsovereenkomst nu meer als contract of meer als institutie diende te worden gezien. Ik denk dat hij hierin – helaas – gelijk heeft. Voor mij heeft de discussie over de vraag of de zogenaamde institutionele de contractuele theorie nu aan het verdringen is, altijd een hoog mode-gehalte gehad. In 1998 werd het arrest Van der Lely/Taxi Hofman[6] gewezen, en een deel van arbeidsrechtelijk Nederland meende dat de contractuele theorie zijn langste tijd had gehad[7], daarbij soms welhaast vergetend dat het principe "pacta sunt servanda" een peiler van onze verbintenissenrecht vormt. Menig (kanton)rechter heeft zich hierdoor sindsdien in de war laten brengen, en we zijn getuigen geweest van uitspraken waarmee met een pennenstreek een collectieve-arbeidsvoorwaardenregeling werd aangepast, nu dat immers "redelijk" was.[8] Moest de onderneming immers niet worden beschouwd als een dynamisch organisme, waarbinnen het mogelijk moet zijn de rechtsverhoudingen aan te passen aan die dynamiek (en zeker niet andersom)? Ik zou aan dergelijke overwegingen – die onder specifieke omstandigheden overigens hun nut kunnen hebben – niet het gewicht willen toekennen die zij, gezien de frequentie van gepubliceerde meningen over het onderwerp, wellicht voor sommigen hebben.

3. De tekst van de bepalingen

Wie de tekst van de artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 BW leest, ontkomt naar mijn mening niet aan de conclusie dat zij tekstueel en inhoudelijk van elkaar verschillen. Voor art. 7:611 BW ligt dat voor de hand, nu dit artikel niet direct ziet op een wijziging van de arbeidsovereenkomst. Het hanteert een zeer algemene toets: werkgever en werknemer dienen zich over en weer als goed werkgever en goed werknemer te gedragen - dus ook in de situatie dat de een aan de ander een wijziging in de rechtsverhouding voorstelt. Wat dit laatste aangaat, heeft de Hoge Raad in het arrest Taxi Hofman aangegeven hoe art. 7:611 BW dient te worden geïnterpreteerd. De werknemer mag volgens de Hoge Raad redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk,

---

[6] HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/19.

[7] P.F. van der Heijden stelde zelfs dat de Hoge Raad nu een fervent en rigoureus aanhanger was geworden van de institutionele theorie. Zie zijn bijdrage "Revolutie in het arbeidsrecht: privétisering", *ArbeidsRecht*, 1999, 8/9, Lustrumkatern, p. 2-6.

[8] Voor een overzicht van de lagere rechtspraak verwijs ik naar L.J. de Vroe, "Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van art. 7:613 BW", *ArbeidsRecht* 2001, 9, alsmede "Eenzijdige functiewijziging: táxiiiiiii …!", *ArbeidsRecht* 2004, 1, en naar M.F. Baltussen, "De arbeidsovereenkomst: institutie of contract", *ArbeidsRecht* 2000, 24.

alleen afwijzen wanneer aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Dat die gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen, doet daar niet aan af.

Art. 7:613 BW regelt het schriftelijke wijzigingsbeding. Heeft de werkgever zich schriftelijk het recht voorbehouden de arbeidsovereenkomst te wijzigen, dan dient hij een zodanig zwaarwichtig belang aan te tonen dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken, aldus de toets van art. 7:613 BW.

Ten slotte de tekst van art. 6:248 BW. Voor de wijziging van reeds bestaande bepalingen in een overeenkomst is vooreerst het tweede lid van belang, dat als volgt luidt: "Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn." Wat in een dergelijke situatie dan wel geldt, staat in het eerste lid: "Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen gevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien." Het is van belang op te merken dat deze aanvullende werking van het eerste lid niet een eenvoudige manier is om een reeds bestaande regel tussen partijen opzij te zetten. Met andere woorden: bij wijziging van een bepaling in een overeenkomst geldt eerst de zware toets van het tweede lid; het eerste lid voorziet vervolgens in het ontstane vacuüm.[9] Deze twee regels uit art. 6:248 BW gelden ook in het arbeidsrecht, nu zij naar haar aard daarin kunnen doorwerken.[10] Slechts indien het arbeidsrecht speciale regels biedt, kunnen zij worden opzijgezet. Dat het arbeidsrecht die regels biedt, zal later duidelijk worden.

De volgorde van behandeling is niet toevallig. Bij de artikelen is namelijk een oplopende mate van zwaarte van de aan te leggen toets te bespeuren. Het vereiste van een "redelijk voorstel" (art. 7:611 BW/Taxi Hofman) is lichter dan de toets van art. 7:613 BW (bij een zwaarwegend belang van de werkgever kan het te schaden belang van de werknemer het onderspit delven indien redelijkheid en billijkheid dat eisen), welke toets op zijn beurt weer lichter is dan die van art. 6:248 lid 2 BW, dat eist dat het vasthouden aan de status quo van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat hier sprake is van een oplopende mate van zwaarte, wordt door de rechtspraak overigens bevestigd.[11]

Drie artikelen die van toepassing kunnen zijn op de wijziging van een arbeidsovereenkomst maar een verschillende toets hanteren: dat vraagt om problemen. Zo is de vraag gerechtvaardigd of er nog wel ruimte is voor art. 7:613 BW, nu art. 7:611 BW een lichtere toets hanteert. Waarom zou een werkgever er nog voor kiezen een schriftelijk wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen indien dit meebrengt dat hij zich daar slechts op kan beroepen indien hij een zwaarwegend belang heeft (en dan nog zal hij moeten stellen dat het belang van de

---

[9] Of dit ook voor art. 7:611 BW zou moeten gelden, is vatbaar voor discussie. De Laat meent dat deze redenering voor het Taxi Hofman-criterium gekunsteld is. Impliciet geeft hij hier mijns inziens tevens mee aan, dat de in art. 6:248 BW, voor alle overeenkomsten geldende systematiek gekunsteld is. Zie J.J.M. de Laat, "Goed werknemerschap en revolutie", *ArA* 2003/1, p. 88-89.

[10] Over de doorwerking van het privaatrecht in het arbeidsrecht is veel geschreven. Voor de meest recente, mij bekende bijdrage verwijs ik naar mijn artikel "De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003", *SR* 2004, p. 6-13, alsmede naar de daar opgenomen literatuurverwijzingen.

[11] Zie onder andere HR 25 februari 2000, *JAR* 2000/85 (FNV/Frans Maas).

werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken), terwijl bij het ontbreken van een dergelijk beding van hem slechts wordt vereist dat hij een redelijk voorstel doet? Om deze reden is in de literatuur al enkele malen betoogd dat art. 7:613 BW geen doel meer dient.[12] Een ander probleem betreft de verhouding tussen art. 6:248 BW en art. 7:611 BW, mede doordat de wetgever lijkt te hebben gesteld dat de bij deze artikelen aan te leggen toetsen dezelfde zijn.[13] Duidelijk is echter, dat de door de Hoge Raad gehanteerde bewoordingen in het Taxi Hofman-arrest niet dezelfde inhoud hebben als art. 6:248 lid 2 BW. In de volgende paragrafen zal ik pogen de kluwen te ontwarren. Daarbij ga ik van de volgende premissen uit:

1. De artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 BW hebben alle drie bestaansrecht, nu noch de wetgever, noch de Hoge Raad anders heeft gesteld
2. De Hoge Raad is nooit teruggekomen op het Taxi Hofman-arrest.
3. De toets die de drie artikelen hanteren zou een afspiegeling moeten vormen van de opvattingen over de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst te wijzigen.

4. De verhouding tussen art. 7:613 BW en art. 6:248 BW

Deze verhouding lijkt mij het eenvoudigst te duiden. Om recht te doen aan overwegingen van "institutionele" aard, is art. 7:613 BW in het leven geroepen. Het is immers aan een arbeidsorganisatie inherent dat zij mee-ademt met maatschappelijke ontwikkelingen op velerlei terreinen. De zware toets van art. 6:248 lid 2 BW kan dan als knellend worden ervaren, zeker als men bedenkt dat de contractuele relatie tussen werkgever en werknemer langdurig kan zijn en gedurende deze relatie de ontwikkelingen kunnen nopen tot veelvuldige wijzigingen in de arbeidsorganisatie. Vandaar dat art. 7:613 BW een weliswaar nog steeds zwaar, maar toch minder zwaar criterium hanteert dan art. 6:248 lid 2 BW. Heeft de werkgever zich schriftelijk het recht voorbehouden de arbeidsovereenkomst te wijzigen, dan dient hij een zodanig zwaarwichtig belang aan te tonen dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken, aldus de toets van art. 7:613 BW. Zoals eerder aangegeven, is aan die eis eenvoudiger te voldoen dan aan de eis aan te tonen dat instandhouding van de huidige arbeidsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zoals art. 6:248 lid 2 BW eist. Art. 7:613 BW is geïntroduceerd om de werkgever een handvat te bieden, zijn belang bij ordening wordt met de in artikel 7:613 BW gebruikte toets onderkend.[14]

---

[12] Zie onder meer L.J. de Vroe, "Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van art. 7:613 BW", *ArbeidsRecht* 2001, 9, M.S.A. Vegter in: *JAR Verklaard*, 6 september 2002 en B.H.A. Moonen, "Het arbeidsrechtelijke schisma: contract of institutie", *Arbeid Integraal* 2004/1, p. 5-8.

[13] *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 438, nr. 3, p.10.

[14] Zie J.M. van Slooten, Arbeid en loon (diss. Amsterdam UvA), p. 50, die deze stelling ook poneert, maar er tevens op wijst dat de wetgever in één passage (*Kamerstukken II* 1995-1995, 24 615, p. 24) aangeeft dat de toets van art. 7:613 BW gelijk is aan die van art. 6:248 lid 2 BW. De wetgever wijst in deze passage echter op de situatie dat de werknémer meent dat toepassing van het wijzigingsbeding achterwege zou moeten blijven, omdat die toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat is dus wat

5. De verhouding tussen het Taxi Hofman-criterium en art. 7:613 BW – collectief versus individueel

Hiervoor stelde ik de vraag of de door Hoge Raad in het Taxi Hofman-arrest gebruikte relatief lichte toets de andere twee artikelen voor de wijziging van de arbeidsovereenkomst overbodig heeft gemaakt. Ik meen van niet. Voor deze opvatting steun ik op de aan de Hoge Raad voorgelegde en beoordeelde casus en op de wetsgeschiedenis van art. 7:613 BW. Laat ik met de laatste beginnen. Art. 7:613 BW luidde bij het voorstel van wet in 1996 als volgt:

> 1. De werkgever kan slechts een beroep doen op een beding[15] dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarden te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.
> 2. De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.

Bij nota van wijziging is het tweede lid vervallen. De reden hiervoor is opgenomen in de nota naar aanleiding van het verslag:

> "De leden van de fracties van D66, GPV en GroenLinks betwijfelden de noodzaak van het voorgestelde artikel 613 BW. Zij wezen in dit verband op hetgeen reeds in het algemeen ten aanzien van verbintenissen is geregeld in de artikelen 6:2 en 6:248 BW. (…). Zonder het voorgestelde artikel 613 BW zou de werkgever, indien de arbeidsovereenkomst een beding bevat dat hem de bevoegdheid geeft arbeidsvoorwaarden te wijzigen, met een beroep op dat beding deze bevoegdheid in beginsel kunnen uitoefenen. Indien dit niet redelijk zou zijn, zou de werknemer deze onredelijkheid moeten aantonen. Artikel 613, eerste lid BW gaat er daarentegen van uit dat het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden slechts mogelijk is indien de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang bij de wijziging heeft dat het belang van de werknemer daarvoor in redelijkheid moet wijken. Het is aan de werkgever om dat zwaarwichtige belang aan te tonen. Over het tweede lid van artikel 613 BW merken wij op dat inderdaad ook zonder die bepaling aan de overeenstemming met werknemersorganisaties en ondernemingsraden een belangrijke betekenis toekomt bij de vraag of wijziging van een arbeidsvoorwaardenregeling redelijk is. Nu in de praktijk bij de beoordeling van de vraag of in redelijkheid en billijkheid een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever mag worden aangebracht, al wordt gekeken of de ondernemer collectief overleg heeft gevoerd

---

anders dan dat het vasthouden aan de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn! Met andere woorden: in deze passage wordt de werknemer juist een sterkere positie gegeven dan hij op basis van art. 6:248 lid 2 BW zou hebben.

[15] Na het vervallen van het voorgestelde tweede lid van art. 7:613 BW is bij amendement van Middel en Schimmel het woord "schriftelijk" voor het woord "beding" opgenomen (*Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 15). Dit zou volgens de indieners van het amendement de rechtszekerheid en kenbaarheid ten goede komen.

> over de betreffende regeling zijn wij van mening dat het tweede lid van artikel 613 BW kan vervallen. In bijgaande nota van wijziging is deze wijziging opgenomen."[16]

Wie goed leest, ziet dat de regering geen duidelijk weerwoord geeft op de door enkele fracties geuite twijfel. Deze fracties wijzen expliciet op het bestaan van art. 6:248 (en 6:2) BW, en stellen dat dáárom geen behoefte bestaat aan het tweede lid van art. 7:613 BW. De toets van art. 6:248 BW is echter waar het gaat om het wijzigen van arbeidsvoorwaarden (lid 2 van het artikel) zwaarder dan de toets van art. 7:613 BW. De regering antwoordt echter, dat art. 7:613 BW als voordeel heeft dat indien het niet zou bestaan, de werkgever in beginsel een beroep op een wijzigingsbeding toekomt. Dat is overigens maar de vraag. Vervolgens besluit de regering het tweede lid te laten vervallen, nu het niets toevoegt (zie de op een na laatste zin). Over de verhouding tussen art. 6:248 BW en art. 7:613 BW wordt met geen woord gerept.

Wellicht is er toch iets meer over te zeggen. Wie de kamerstukken bij art. 7:613 BW leest, zal het opvallen dat de tekst steeds spreekt over het wijzigen van arbeidsvoorwaardelijke *regelingen*. Alle voorbeelden die worden genoemd, gaan over de wens van de werkgever een bepaalde regeling die voor een collectief van werknemers geldt te wijzigen. Nergens wordt gesproken over de wens van de werkgever met één werknemer een specifieke wijziging van zijn arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen, zoals een functiewijziging. Veel aandacht wordt geschonken aan collectieve onderwerpen, zoals de verhouding van personeelsregelingen tot CAO-regelingen, de onduidelijkheid die het inmiddels vervallen arbeidsreglement meebrengt (een belangrijke reden voor de introductie van art. 7:613 BW) en de bevoegdheden van de ondernemingsraad op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming. Dat laatste is te begrijpen indien men bedenkt dat het artikel is opgenomen bij wat in hoofdzaak een belangrijke wijziging van de WOR inhield. Ter illustratie van het collectieve karakter van art. 7:613 BW wijs ik op een citaat uit de nota naar aanleiding van het verslag:

> "Het is goed in het oog te houden wat de achterliggende gedachte is van artikel 613 BW. Aan de ene kant is er het belang van de werknemer om beschermd te worden tegen de mogelijkheid dat de werkgever zonder de instemming van de werknemer wijzigingen aanbrengt in de arbeidsovereenkomst. Aan de andere kant is er het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden, ook van die welke niet bij CAO zijn geregeld. De eis dat hij van iedere individuele werknemer instemming moet verkrijgen voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst, zou niet alleen kostbaar en tijdrovend zijn, maar zou bovendien tot gevolg hebben dat na verloop van tijd, wanneer hij verschillende wijzigingen heeft willen doorvoeren, het arbeidsvoorwaardenregime per werknemer verschilt. Wij hebben deze twee belangen, die op het eerste gezicht met elkaar op gespannen voet staan, willen verenigen. Bij het verenigen van die belangen moeten wij blijven binnen de marges die worden bepaald door twee uitgangspunten. Ten eerste is de CAO het geëigende instrument voor arbeidsvoorwaardenvorming en moet de CAO de voorrangspositie behouden boven andere instrumenten voor ordening van arbeidsvoorwaarden. Ten tweede kan instemming van de ondernemingsraad of overeenstemming met de ondernemingsraad geen directe doorwerking hebben in de individuele arbeidsovereenkomst. Met de voorgestelde regeling wordt recht gedaan aan de belangen van de werkgever en de werknemer en blijven wij binnen de genoemde marges. Een andere oplossing zou hetzij ten koste

[16] *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 9, p. 32.

gaan van de belangen van de werknemer of die van de werkgever, hetzij buiten de genoemde marges komen."[17]

Het ordeningsbelang van de werkgever wordt hier duidelijk als de achterliggende gedachte bij art. 7:613 BW genoemd. Een duidelijker voorbeeld van het collectieve karakter van art. 7:613 BW is mijns inziens moeilijk te vinden. Van Slooten[18] en De Laat[19] hebben die conclusie overigens al vóór mij getrokken. Art. 7:613 BW wordt in deze redenering niet gebruikt om een individuele regeling te wijzigen; art. 7:611 BW ziet daarentegen niet op collectieve wijzigingen. Die laatste conclusie is mogelijk indien de rechtspraak van de Hoge Raad wordt bekeken: zowel in de zaak Taxi Hofman als in de later gewezen arresten Guitoneau/Midnet Tax BV[20] en Drie-S/S[21] ging het om de wijziging van een individuele arbeidsovereenkomst. Nergens heeft de Hoge Raad het Taxi Hofman-criterium gehanteerd bij een wijziging van een collectieve regeling.

6. De verhouding tussen art. 7:611 BW en art. 6:248 BW

Hiervoor gaf ik reeds aan dat de wetgever art. 7:611 BW bij introductie van het artikel niet anders beschouwde dan als de arbeidsrechtelijke pendant van art. 6:248 BW: er was geen principiële reden de inhoud van beide artikelen verschillend te definiëren.[22] Ofwel: de toets van art. 6:248 BW is dezelfde als die van art. 7:611 BW. Ik denk dat deze benadering achterhaald is, nu de door de Hoge Raad in het arrest Taxi Hofman gehanteerde toets sterk afwijkt van de tekst van art. 6:248 lid 2. Wat zou men kunnen stellen om toch de conclusie te rechtvaardigen dat het toch om twee gelijke toetsen gaat? Men zou kunnen menen, dat de zaak Taxi Hofman een bijzonder geval was: had Van der Lely niet immers al als taxichauffeur gewerkt, en was hij niet geschikt verklaard voor die functie, waardoor zijn halsstarrige weigering weer op de taxi te gaan rijden als onredelijk moest worden bestempeld? Juridischer: had hier de strenge toets van art. 6:248 lid 2 BW (de arbeidsovereenkomst was immers wel gewijzigd in die zin, dat Van der Lely's functie inmiddels die van centralist was) niet tot hetzelfde resultaat geleid? Anders gezegd: was het in deze zaak niet lood om oud ijzer? Steun voor deze redenering is te vinden in het recente arrest Parallel Entry/KLM, waar de Hoge Raad eveneens de strenge toets van art. 6:248 lid 2 BW toepaste, daarbij overwegende dat deze toets *in casu* de meest geëigende was ter invulling van het goed werkgeverschap van art. 7:611 BW. De moeilijkheid met deze benadering is echter, dat de Taxi Hofman-doctrine door de Hoge Raad in de arresten Guitoneau/Midnet Tax BV en Drie S/S is herhaald en de feiten en uitkomsten in deze zaken anders lagen. De redenering van Baltussen, dat de Taxi Hofman-toets door de latere introductie van art. 7:613 BW is achterhaald, is daarom inmiddels zelf achterhaald.[23]

---

[17] *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 9, p. 31.
[18] J.M. van Slooten, *Arbeid en Loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 51.
[19] J.J.M. de Laat, "Goed werknemerschap en revolutie", *ArA* 2003/1, p. 93.
[20] HR 28 april 2000, *JAR* 2000/120. Besproken door C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra in *ArA* 2001/1, p. 30-44.
[21] HR 14 november 2003, *JAR* 2003/296.
[22] *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 438, nr. 3, p.10.
[23] M.F. Baltussen, "De arbeidsovereenkomst: institutie of contract", *ArbeidsRecht* 2000, 24.

Daarnaast zou men kunnen stellen dat art. 6:248 lid 2 BW zelf onder omstandigheden een net zo soepele toets impliceert als de Hoge Raad ten aanzien van art. 7:611 BW in het Taxi Hofman-arrest heeft gehanteerd. Deze redenering brengt mee dat de artikelen 7:611 en 6:248 lid 2 BW inderdaad eenzelfde toets hanteren, welke toets strenger of milder is naar gelang de omstandigheden van het geval. Probleem bij deze benadering is naar mijn mening dat de tekst van art. 6:248 lid 2 BW zo duidelijk afwijkt van die van het Taxi Hofman-criterium. Kan men zich bij de woorden "redelijk voorstel" (Taxi Hofman) nog een glijdende schaal voorstellen, beginnend bij een zeer soepel criterium tot en met het zeer strenge criterium "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar", omgekeerd is dit bij art. 6:248 lid 2 BW veel moeilijker vast te stellen. Om die reden wijs ik een gelijkstelling tussen de artikelen af.

Er blijft echter wel ruimte over voor de toets van art. 6:248 lid 2 BW. Mijn premissen logisch volgend, blijft voor art. 6:248 lid 2 BW een rol over in wijziging van collectieve regelingen, in de situatie dat art. 7:613 BW geen rol speelt. Dit sluit aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad. In het arrest FNV/Frans Maas[24] ging het bijvoorbeeld om wijziging van een regeling die voorzag in suppletie van het loon tijdens ziekte, een collectieve regeling dus. De Hoge Raad oordeelde dat het criterium voor het antwoord op de vraag of de suppletieregeling mocht worden gewijzigd niet is of de voorgestelde wijziging "redelijk" is, zoals het gerechtshof had gesteld, maar of ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is – precies het criterium uit art. 6:248 lid 2 BW. Dat deze toets werd aangelegd en niet die van art. 7:611 BW is ook te verklaren wanneer men bedenkt dat in de verhouding tussen de werkgever en de vakbonden art. 7:611 BW uiteraard geen (directe) rol kan spelen. Het is dan een kleine stap tegelijkertijd te aanvaarden dat men aan de toets van het Taxi Hofman-arrest niet toekomt.

7. De verhouding ontrafeld

Samengevat komt het voorgaande op het volgende neer:

1. Art. 7:611 BW eist van de werknemer dat deze positief ingaat op redelijke voorstellen tot wijziging van de individuele arbeidsovereenkomst. Dat de wens tot wijziging in de risicosfeer van de werkgever ligt, sluit een beroep op art. 7:611 BW niet uit. Wat "redelijk" is, hangt af van een aantal factoren, waarbij zeker waarde toekomt aan de soort arbeidsvoorwaarde. Dit is Moonens essentialiabenadering, maar dan binnen de Taxi Hofman-toets van art. 7:611 BW. Deze benadering betekent geen breuk met de rechtspraak van de Hoge Raad, maar past daar integendeel uitstekend bij.
2. Art. 7:613 BW geeft de werkgever de mogelijkheid eenzijdig de voor een collectief geldende arbeidsvoorwaarden te wijzigen, mits hij dit recht schriftelijk heeft bedongen en mits hij een zodanig zwaarwichtig belang kan aantonen dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken.
3. Art. 6:248 lid 2 BW bevat de restcategorie. Collectieve regelingen waarbij geen sprake is van een wijzigingsbeding kunnen volgens de hoofdregel slechts

[24] HR 25 februari 2000, *JAR* 2000/85. Zie voor een bespreking van dit arrest J.W. Klinckhamers, "Voorziet de imprévision?", *ArbeidsRecht* 2000, 42.

worden gewijzigd indien instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Voor art. 6:248 lid 2 BW is geen rol weggelegd ten aanzien van de aanpassing in een individueel geval, nu art. 7:611 BW daarin reeds voorziet, hetgeen niet wegneemt dat de toets van art. 7:611 BW onder omstandigheden gelijk kan zijn aan die van art. 6:248 lid 2 BW.

Het laatste arrest van de Hoge Raad waaraan het bovenstaande kan worden getoetst, het bovengenoemde arrest Parallel Entry/KLM, ondersteunt deze rolverdeling. Voor het antwoord op de vraag of het loon van een collectief van (overgenomen) piloten kon worden aangepast, omdat in de CAO ongeoorloofd onderscheid zou worden gemaakt tussen twee groepen van piloten, werd de zware toets van art. 6:248 lid 2 aangelegd, niet die van het arrest Taxi Hofman – het ging immers om een wijziging van een collectieve regeling. De Hoge Raad noemde het Taxi Hofman-criterium niet eenmaal. Uit de uitspraak van de Hoge Raad kan voorts worden afgeleid dat bij art. 7:611 BW inderdaad sprake is van de in paragraaf 6 genoemde glijdende schaal: in déze situatie brachten de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) mee dat een wijziging kon worden doorgevoerd indien instandhouding van het vermeende ongeoorloofde onderscheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Ofwel: in deze situatie maakte het niet uit of men de toets van art. 6:248 lid 2 BW hanteerde of die van art. 7:611 BW, nu de omstandigheden van het geval meebrachten dat de toets conform de bewoordingen van art. 6:248 lid 2 BW diende te geschieden. Voor de volledigheid: uiteraard kwam (de toets van) art. 7:613 BW niet in beeld, nu er geen schriftelijk wijzigingsbeding aan de orde was.

8. Slot: doet deze verdeling recht aan het gevoelen?

Ten slotte wat misschien wel de meeste essentiële vraag bij deze exercitie is: stemt de voorgaande rolverdeling aan bij wat men een redelijke toets voor de verschillende genoemde situaties zou kunnen noemen? Laat ik aan de hand van twee voorbeelden een poging doen een bevestigend antwoord op deze vraag te geven.

Voorbeeld I

De werkgever kent een reiskostenregeling. Deze regeling is door hem (eenzijdig) opgesteld en geldt voor alle veertig werknemers. Op enig moment wenst hij de regeling af te schaffen, omdat die te duur wordt. Daarnaast wenst de werkgever de arbeidsovereenkomst met één werknemer te wijzigen in die zin, dat zijn functie niet langer die van vertegenwoordiger is, maar die van medewerker technische dienst.

Zou men in deze situatie geneigd zijn het intrekken van de reiskostenregeling aan een zwaardere toets te onderwerpen dan de bij wijziging van de functie van de werknemer aan te leggen toets? Ik zou deze vraag bevestigend beantwoorden. Het wijzigen van een collectieve regeling heeft een grotere 'impact' op de arbeidsorganisatie dan de wijziging van de arbeidsovereenkomst van één persoon, ongeacht of het gaat om de essentialia van de arbeidsovereenkomst of minder essentiële regelingen. Omdat het voorbeeld niet spreekt van een wijzigingsbeding, is art. 7:613 BW niet van toepassing. De toets bij wijziging van de functie van de individuele werknemer is die van het arrest Taxi Hofman, waarbij de omstandigheden van het geval zullen bepalen wat een "redelijk voorstel" van de

werkgever is. Ten aanzien van de wijziging van de reiskostenregeling geldt de zware toets van art. 6:248 lid 2 BW.

Nu wijzig ik de casus:

Voorbeeld II

Binnen de onderneming van de werkgever opereert een ondernemingsraad die heeft ingestemd met de wijziging van de reiskostenregeling. Alle werknemers hebben een wijzigingsbeding in hun arbeidsovereenkomst staan.

Verandert dit de te hanteren toets ten opzichte van het eerste voorbeeld? In mijn optiek wel: de toets wordt een lichtere, en wel die van art. 7:613 BW. Dit is redelijk, omdat de werknemers door het ondertekenen van het wijzigingsbeding weten dat hun in de toekomst een wijziging van de arbeidsovereenkomst te wachten kan staan. In casu is bovendien sprake van invloed van de ondernemingsraad die over het belang van de werknemers kan waken.

Concluderend stel ik vast dat de drie artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 lid 2 BW ieder een eigen plaats in het arbeidsrecht verdienen. Welke van de drie artikelen van toepassing is – en welke toets bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst aangewezen is - hangt af van de situatie, zoals geschetst in de paragrafen 4, 5 en 6. Daarbij biedt art. 7:611 BW de meeste ruimte recht te doen aan de omstandigheden van het geval, nu het antwoord op de vraag wat een "redelijk voorstel" is, door de open formulering van het Taxi Hofman-criterium afhankelijk kan worden gesteld van de concrete situatie. De belangrijkste conclusie is mijns inziens dat art. 7:611 BW dient te worden gereserveerd voor individuele gevallen, waar art. 7:613 BW (door zijn wetsgeschiedenis) en art. 6:248 lid 2 BW (door wat er in feite overblijft) op wijzigingen in de collectieve sfeer zien. Deze benadering stemt, voor zover ik heb kunnen overzien, overeen met de rechtspraak van de Hoge Raad.