

2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht

HR 11 juli 2008, JAR 2008/204; Stoof/Mammoet Transport B.V.

Wijziging arbeidsovereenkomst, Taxi Hofman-criterium, wijzigingsbeding, redelijkheid en billijkheid, arbeidsvoorwaarden

1 Inleiding

Als er een acht in het jaartal zit mag je verwachten dat er iets spannends gebeurt op het vlak van de mogelijkheid tot wijziging van de arbeidsovereenkomst.

In 1978 liet de Hoge Raad in *Roovers/De Toekomst*¹ een daverend startschot horen: gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers konden ook voor een gedeelte van de overeengekomen arbeid weer aan de slag. Revolutionair, omdat een afspraak over de arbeidsduur kennelijk door omstandigheden kon worden gewijzigd. De Hoge Raad paste de constructie van het redelijke voorstel toe.

In 1988 wees de Hoge Raad het bekende IBM-arrest over de mogelijkheid met werknemers af te spreken dat de werkgever de arbeidsovereenkomst eenzijdig zou kunnen wijzigen.² Ook dit keer kreeg de uitspraak veel aandacht.

1998 leverde zowel artikel 7:613 BW als het Taxi Hofman-arrest op. En plotse-ling was de vraag: gaan die twee wel samen?

In 2008 heeft de Hoge Raad op dat vlak de nodige helderheid verschaft. De uitleg van de Taxi Hofman-formule is er niet eenvoudiger op geworden. Na *Roovers/De Toekomst* volgden nog zo'n tien arresten over wijziging ten behoeve van gedeeltelijke arbeidsongeschikte werknemers. 25 jaar later werd het gecodificeerd in artikel 7:658a BW. Het Stoof/Mammoet-arrest is geen startschot in de discussie over wijzigen, maar vermoedelijk ook geen eindstation. Lezing van het eveneens in 2008 verschenen pre-advies van J.J.M. de Laat maakt duidelijk dat het nog wel even zal duren voordat dit eindstation in zicht komt.³

1 HR 3 februari 1978, NJ 1978/248.

2 HR 7 oktober 1988, NJ 1988/335.

3 J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, reeks VvA nr. 36, Deventer: Kluwer 2008.

2 Feiten

De feiten in Stoof/Mammoet waren samengevat als volgt:

- Stoof heeft een hijsproduct ontwikkeld, genaamd MSG. Dit heeft hij ondergebracht in een werkmaatschappij met de naam Stotra B.V.
- Stoof houdt via zijn vennootschap Drie-S Invest B.V. ('Drie-S') de helft van de aandelen in Stotra. De andere helft wordt gehouden door Mammoet Decalift International B.V. ('Mammoet Decalift').
- In 1998 verkoopt Stoof via Drie-S zijn 50%-belang in Stotra aan Mammoet Decalift. Hij treedt dan in dienst bij Mammoet Transport B.V. ('Mammoet'), de aandeelhouder van Mammoet Decalift. Er worden afspraken gemaakt over de hoogte van de koopprijs en de betaling in termijnen, onder meer afhankelijk van het voortduren van de arbeidsovereenkomst.
- Stoof wordt gedetacheerd bij Mammoet Decalift als 'technisch directeur'. Tevens wordt overeengekomen dat hij 'director' zal worden van Mammoet Engineering & Innovation Competence Center ('MEI'), gevestigd te Etten-Leur.
- In 2000 besluit Nedlloyd, de aandeelhouder van Mammoet, de aandelen in Mammoet te verkopen aan Van Seumeren Holland B.V. Nedlloyd meldt in dat verband aan Stoof dat zijn contractuele positie 'in geen enkel opzicht' wordt aangetast of beïnvloed door de beoogde verkoop.
- Stoof tracht vervolgens de verkoop van de aandelen tegen te houden met een kort geding. Dat verliest hij.
- In augustus 2000 wordt Stoof in kennis gesteld van de opzet van het geïntegreerde 'Mammoet Van Seumeren'. Stoof krijgt een positie toegedacht als adviseur van de directeur/tweede man onder R.J.R. van Seumeren, de jongste broer van de president-directeur van het Van Seumerenconcern. R.J.R. van Seumeren wordt de vicepresident van Mammoet Global, de vennootschap waarin een deel van de activiteiten van Mammoet Decalift en MEI zal worden ondergebracht.
- De integratie in het Van Seumerenconcern brengt ook mee dat de MEI-vestiging in Etten-Leur, waar Stoof werkt, wordt gesloten en dat hij voortaan in Schiedam zal gaan werken.
- Stoof reageert niet geheel afwijzend, maar wijst op de persoonlijke consequenties voor hem, stelt het besluit over aanvaarding van de functie uit en vraagt om het opnieuw bespreken van een arbeidsovereenkomst.
- Mammoet vraagt in reactie daarop Stoof of hij zich 'con amore' wil inzetten voor de nieuwe organisatie.
- Stoof beroept zich op zijn opschortingsrecht ten aanzien van zijn verplichting uit de arbeidsovereenkomst en meldt zich ziek. Na zijn her-

steldmelding per 29 augustus 2001 wordt hij verzocht zich te melden voor werkhervatting. Stoof gaat daar niet op in, waarna Mammoet de loonbetaling stopzet.

3 Procedure in feitelijke instantie

De procedure gaat, voor zover hier relevant, over de loonvordering van Stoof over de periode vanaf 1 september 2001. De vraag is of Stoof gehouden was akkoord te gaan met een voorstel van Mammoet tot wijziging van zijn functie van ‘technical director’ in die van ‘adviseur van de directeur’. De kantonrechter en het hof wijzen de vordering van Stoof af. De Hoge Raad verwerpt de cassatiemiddelen die tegen dit onderdeel van het arrest van het hof zijn gericht. Daarnaast speelde nog een vraag over betaling van een bonus. Op dat punt casseert de Hoge Raad. Hieraan besteed ik verder geen aandacht. Het hof gaat uitgebreid in op de wijzigingsvraag. Het neemt daarbij de standaardoverweging uit het arrest Taxi Hofman als uitgangspunt. Om het lezen te vergemakkelijken, herhaal ik deze overweging, die ik hierna zal aanduiden als de Taxi Hofman-formule.

‘Uit de art. 7A:1638z en 7A:1639d (oud) BW – inmiddels samengebracht in art. 7:611 BW – blijkt dat de werkgever en de werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zulks wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen. De hier bedoelde verplichting staat ook niet op gespannen voet met het dwingendrechtelijke stelsel van ontslagbescherming en is evenmin in strijd met de bescherming van de (arbeidsongeschikte) werknemer zoals die in wet en rechtspraak gestalte heeft gekregen. Zij betekent niet meer dan dat, behalve de werkgever, ook de werknemer zich in zijn contractuele verhouding tot de wederpartij redelijk behoort op te stellen. De bescherming van (arbeidsongeschikte) werknemers in het arbeidsrecht kan op zichzelf dan ook niet rechtvaardigen dat een werknemer een redelijk voorstel van zijn werkgever van de hand wijst.’⁴

4 HR 26 juni 1998, NJ 1998/767, zoals herhaald in HR 28 april 2000, NJ 2000/565 m.nt. PAS en in HR 14 november 2003, NJ 2004/138 m.nt. GHvV.

In Stoof/Mammoet beantwoordt het hof de voorliggende vraag in drie stappen:

1. *Is er sprake van gewijzigde omstandigheden op het werk?*

Het hof beantwoordt die vraag bevestigend. Een en ander is niet in geschil tussen partijen. Bovendien is er sprake van een integratie van twee ondernemingen, waarbij MEI opgaat in Mammoet Global en de vestiging in Etten-Leur wordt opgeheven. Geen van beide zijn als onredelijk te kwalificeren.

2. *Kan het voorstel van Mammoet de functie toe te kennen van adviseur/tweede man onder R.J.R. van Seumeren de toets van de redelijkheid doorstaan?*

Het hof splitst de beantwoording op in (a) de vraag naar de 'formele zorgvuldigheidsvereisten' en (b) de vraag of het voorstel 'inhoudelijk redelijk' is. Bij beantwoording van vraag a kent het hof de nodige betekenis toe aan een brief van Mammoet van 1 november 2000, waarin nog was aangeboden verder te praten over onderwerpen als 'titulatuur, job description, procuratie en wat partijen nog meer over en weer van elkaar mogen verwachten ter uitvoering van overeenkomsten'.

Ter beantwoording van vraag b redeneert het hof als volgt:

- Dat de integratie van diverse onderdelen uit de organisaties van Mammoet en Van Seumeren onder de leiding van een persoon worden gebracht, is niet onredelijk.
- Dat daarbij de keuze niet op Stoof is gevallen maar op de relatief onervaren Roderick van Seumeren, doet daaraan niet af.
- Niet juist is de stelling van Stoof dat hij voorheen bij MEI de eindverantwoordelijkheid zou hebben gehad. Hij was toen immers verantwoording verschuldigd aan de algemeen directeur van Mammoet Decalift.
- De stelling dat Stoof in zijn nieuwe functie gedegradeerd zou worden tot 'onderknuppel van een familielid van de nieuwe eigenaar', levert een vertekend beeld op. Stoof zou tweede man worden in het nieuwe onderdeel Mammoet Global, dat met haar bezit van 35% van de boekwaarde van de assets van de gehele Mammoet Van Seumeren organisatie een aanzienlijk grotere organisatie is dan MEI. Bovendien zou Stoof 'Member of de Mammoet Global management board' worden.
- Overigens zal de wijziging verder geen gevolgen hebben voor de arbeidsvoorwaarden.

Ook vraag (2) wordt dus positief beantwoord.

3. *Kon aanvaarding door Stoof van de hem voorgestelde nieuwe functie redelijkerwijs niet van hem gevegd worden?*

In dit kader besteedt het hof met name aandacht aan de vraag of Stoof uit eerdere uitlatingen heeft mogen begrijpen dat er geen wijziging van

zijn functie zou kunnen komen. Aan de mededeling van Mammoet dat de overdracht van de aandelen geen 'directe' gevolgen zou hebben voor de arbeidsvoorwaarden, kon Stoof niet het gerechtvaardigde vertrouwen ontlenuen dat hij door een wijziging op het werk geen wijziging van zijn functie zou hoeven te verwachten.

3 Oordeel Hoge Raad

In cassatie bepleit Stoof dat de Taxi Hofman-formule geen volle redelijkheidstoets bevat, maar slechts een marginale toets, gelijk aan de onaanvaardbaarheidstoets van artikel 6:248 lid 2 BW. Duidelijk is dat Stoof bij toepassing van die norm meer kans zou hebben gehad dan bij de volle toets die het hof heeft toegepast. Het oordeel van de Hoge Raad valt uiteen in twee delen. In de eerste plaats formuleert hij een uitwerking (of aanpassing? Ik kom daar hierna op terug) van de Taxi Hofman-formule. In de tweede plaats gaat hij in op de verhouding van deze norm tot artikel 7:613 BW en (impliciet) artikel 6:248 lid 2 BW.

4 De Taxi Hofman-formule

Ten aanzien hiervan oordeelt de Hoge Raad dat in de eerste plaats dient te worden onderzocht of de werkgever in de wijziging van de omstandigheden op het werk, als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden en/of het door hem gedane voorstel redelijk is.

'In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Op deze wijze wordt de werknemer beschermd tegen onredelijke voorstellen van de werkgever.'

Bovendien, zo vervolgt de Hoge Raad, moet nog onderzocht worden of een aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevegd. Op deze manier is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.

5 Commentaar op het oordeel over de Taxi Hofman-formule

5.1 Onderverdeling van de uitgewerkte formule

De Hoge Raad volgt niet de duidelijke onderverdeling van het hof in de vragen 1, 2a, 2b en 3. De Hoge Raad neemt de vragen 1 en 2b samen en voegt daaraan toe dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen, dus ook omstandigheden die het hof in ieder geval niet expliciet heeft genoemd (hierna: alle-omstandighedentoets). Te denken valt aan de positie van de werknemer, die het hof niet noemt en de Hoge Raad wel. Vraag 1 van het hof (*Is er een wijziging van de omstandigheden op het werk?*) wordt door de Hoge Raad minder feitelijk en meer normatief gemaakt (*Kan de werkgever in de wijziging van omstandigheden aanleiding vinden tot het doen van een voorstel?*). Niet iedere wijziging van omstandigheden kan aanleiding geven tot het doen van een voorstel, zo is kennelijk de achterliggende gedachte.

In de verdere opsomming van relevante omstandigheden door de Hoge Raad komt punt 2a van het hof (de formele toets) niet aan de orde.

Opvallend is verder dat de Hoge Raad weer meer omstandigheden bedenkt die bij de materiële toets een rol spelen dan het hof opsomt.

Vraag 3 van het hof valt weer samen met de laatste vraag die de Hoge Raad stelt: kan aanvaarding door de werknemer redelijkerwijs van hem worden geveerd? Ik heb er wat moeite mee hoe deze vraag zich verhoudt tot het eerste gedeelte van de toets die de Hoge Raad voorschrijft (de alle-omstandighedentoets). In eerste instantie dacht ik dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen of het *voorstel* redelijk is en de vraag of dat voorstel redelijkerwijs van deze betrokken werknemer *kan worden gevraagd*. Het eerste zou dan als het ware een 'objectieve toets' (dat wil zeggen van de werknemer geabstraheerd) zijn, en de tweede de subjectieve toets. Die benaderingswijze lijkt echter niet juist. In de alle-omstandighedentoets zitten ook al allerlei elementen die zijn toegespitst op de persoon van de werknemer. Is het dan soms een restvraag, een soort finale toets? Daar lijkt het in ieder geval in de benadering van het hof enigszins op. Het hof onderzoekt of er niet speciale afspraken lagen die aan een functiewijziging in de weg stonden.

Kort gezegd vind ik de onderverdeling van het hof meer houvast bieden voor de praktijk dan die van de Hoge Raad. Het lijkt erop alsof de Hoge Raad – met respect – alles op een hoop gooit. Afgezien van het gebrek aan sturing, is onduidelijk waarom bepaalde punten – anders dan bij het hof – wel of juist geen aandacht krijgen. Het voordeel van de benaderingswijze van de Hoge Raad is uiteraard wél dat de rechter de maximale vrijheid heeft om in het gegeven geval tot een billijk oordeel te komen.

5.2 Onderdelen van de alle-omstandighedentoets

Het gaat om een ‘alle-omstandighedentoets’. Het is dan interessant te zien welke omstandigheden de Hoge Raad kennelijk daarvan in ieder geval belangrijk vindt. Het aspect ‘de positie van de betrokken werknemer’ roept de vraag op of bedoeld is de maatschappelijke positie of de positie binnen de onderneming. Ik neem aan dat bedoeld is de hiërarchische positie binnen het bedrijf. Dat is aannemelijk, nu dat juist onderwerp van geschil was in deze zaak. De Hoge Raad laat zich er niet over uit *hoe* die positie in het bedrijf dan een rol speelt. Mag men van een hoog gepositioneerde meer flexibiliteit verwachten? Of wil de Hoge Raad juist zeggen dat een werknemer minder recht van spreken heeft als weliswaar zijn functie-inhoud en plaats van werkzaamheden wijzigen, maar zijn hiërarchische positie niet? We weten het helaas niet.

Het gaat er volgens de Hoge Raad daarbij onder meer om of ‘*de aard van de gewijzigde omstandigheden*’ aanleiding heeft kunnen vormen voor het doen van het voorstel. Dat is opvallend, omdat in de Taxi Hofman-formule met zoveel woorden is overwogen dat het voor de toepassing van de norm *niet* van belang is of de gewijzigde omstandigheden *in de risicosfeer van de werkgever* liggen. Is dit nu een wijziging van de Taxi Hofman-formule, of gaat het bij de aard om iets anders, wellicht *de impact* van die gewijzigde omstandigheden? Uitsluitel biedt het arrest niet op dit punt; ik neig naar het laatste.

De Hoge Raad wijst op het ‘belang’ van de werknemer ‘bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden’. Dat doet sterk denken aan artikel 7:613 BW, dat expliciet voorschrijft dat het belang van de werkgever moet worden afgewogen tegen ‘het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad’. Ik loop vooruit op een van mijn conclusies dat artikel 7:613 BW niet meer per definitie een strengere norm bevat dan artikel 7:611 BW.

5.3 Arbeidsvoorwaarden

De Hoge Raad spreekt nu expliciet over een voorstel tot wijziging van de ‘arbeidsvoorwaarden’. In het Taxi Hofman-arrest kwam dit woord niet voor, maar werd slechts gesproken over ‘redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk’. Dat liet ruimte voor de interpretatie dat de Taxi Hofman-formule alleen van toepassing was op een functiewijziging en niet op andere arbeidsvoorwaarden. Die interpretatie is dus thans van de baan. Dit aspect is te meer opvallend omdat nu juist in de casus *Stoof/Mammoet* eigenlijk alleen maar een functiewijziging aan de orde was en de andere arbeidsvoorwaarden gelijk ble-

ven. Men kan ook betogen dat een functie niet een arbeidsvoorwaarde is, althans één van geheel eigen aard. Toch kiest de Hoge Raad er bij herhaling voor te spreken over ‘de arbeidsvoorwaarden’, zonder enige beperking.

Het soort arbeidsvoorwaarden en de mate waarin zij worden gewijzigd, zijn omstandigheden die de Hoge Raad ook noemt. Ik lees dat althans in de omstandigheid ‘de aard en *ingrijpendheid* van het gedane voorstel’ en het ‘belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden’. Ik lees dit laatste zo dat er bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden kenmerklijk soms grotere belangen in het spel zijn. Ik denk dan aan de werklocatie of reisafstand (voor zover dat een arbeidsvoorwaarde is) of arbeidsvoorwaarden die met een andere arbeidsvoorwaarde worden gecompenseerd. In de omstandigheid ‘ingrijpendheid van het gedane voorstel’ kan men een aanwijzing lezen dat een afbouwregeling een relevante omstandigheid is.

5.4 Het belang van de onderneming

Een volgend punt is dat de Hoge Raad de belangen van de onderneming onderscheidt van het belang van de werkgever. In het individuele arbeids-overeenkomstenrecht is dat opvallend. Meestal wordt daarin gedacht in termen van een tegenstelling tussen werkgever en werknemer en wordt aan het belang van de onderneming geen zelfstandige betekenis toegekend. Is dit een betekenisloze krul aan de zin of een aanwijzing dat de Hoge Raad de onderneming in dit soort situaties als een apart rechtssubject beschouwt? Ik ben geneigd dat laatste aan te nemen. Juist in kwesties rond functiewijziging kan het reëel zijn onderscheid te maken tussen de belangen van de werkgever en die van de onderneming. Het kan immers ook in het belang zijn van anderen die bij de onderneming betrokken zijn dat tot een wijziging van de arbeidsvoorwaarden wordt overgegaan. Een voorbeeld is dat het niet-wijzigen van arbeidsvoorwaarden leidt tot ontslag van anderen of tot verval van de onderneming. Zo bezien vormt dit onderdeel een steun voor de gedachte dat de Hoge Raad een institutionele visie op de arbeids-overeenkomst heeft (in tegenstelling tot een contractuele).

5.5 Uitwerking of beperking?

De Hoge Raad begint zijn overweging met de opmerking dat ‘bij de hier te hanteren maatstaf het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht’. Daarin is naar mijn mening opnieuw een reactie te lezen op de manier waarop in literatuur en praktijk soms met de Taxi Hofman-formule is omgesprongen. In het Drie-S-arrest, waarin Stoof ook figureerde, heeft de Hoge Raad al overwogen dat de Taxi Hofman-norm niet meebrengt dat een werknemer niet

zou mogen opkomen voor wat hij als zijn rechten beschouwt. De omstandighedentoets die de Hoge Raad nu introduceert en de omstandigheden die hij noemt om expliciet rekening mee te houden, zijn ter bescherming van de werknemer. Hebben lagere rechtspraak en literatuur het dan steeds verkeerd begrepen of is de Hoge Raad strenger geworden in dit arrest? Hoe houdt dit arrest zich tot de Taxi Hofman-formule? Is Stoof/Mammoet een uitwerking van Taxi Hofman of een aanpassing? Als men aanneemt dat het een uitwerking betreft, dan hoort daar dus de zinsnede bij dat de werknemer 'dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen, wanneer aanvaarding redelijkerwijs niet van hem kan worden gevegd'. Het woord 'alleen' wordt wat ongelooftwaardig als daar een uitgebreide, op de bescherming van de werknemer gerichte algemene omstandighedentoets aan vooraf is gegaan. Ik heb dan ook de indruk dat de Taxi Hofman-formule in feite herschreven is en in nieuwe arresten niet meer ongewijzigd terug zal komen. In dit verband is veelzeggend dat de Hoge Raad de Taxi Hofman-formule in dit arrest niet aanhaalt, daar waar hij dat in eerdere arresten over dit onderwerp wel deed.

6 De verhouding tussen de artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 lid 2 BW

In de tweede plaats heeft de Hoge Raad zich nader uitgelaten over de verhouding tussen de Taxi Hofman-formule, artikel 7:613 BW en artikel 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad oordeelt op dit punt als volgt:

- Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet worden aangenomen dat artikel 7:613 BW veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdige wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen ten opzichte van 'verscheidene werknemers'.
- Ontbreekt een eenzijdig wijzigingsbeding, dan is een werknemer 'in beginsel niet gehouden voorstellen van een werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden'.
- Over dergelijke voorstellen moet dan overeenstemming worden bereikt, waarbij artikel 7:611 BW van belang kan zijn. In het geval van gewijzigde omstandigheden op het werk, wordt aan de (individuele) werknemer voldoende rechtsbescherming geboden, waarbij de Hoge Raad verwijst naar zijn uitwerking/aanpassing van de Taxi Hofman-formule.

7 **Commentaar op het oordeel over de verhouding tussen de artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 lid 2 BW**

De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen de ‘individuele werknemer’ enerzijds en ‘verscheidene werknemers’ anderzijds. Kort gezegd is artikel 7:611 BW kennelijk bedoeld voor individuele werknemers en artikel 7:613 BW wanneer er ‘verscheidene’ werknemers in het spel zijn. Die redenering is in lijn met de door Beltzer bepleite gedachte dat artikel 7:611 BW individueel is en artikel 7:613 BW collectief.⁵ Het is echter onduidelijk waar het verschil ligt tussen een individuele werknemer en verscheidene werknemers. Ik neem aan dat twee individuele werknemers niet steeds als ‘verscheidene werknemers’ moeten worden geduid, anders wordt het toepasselijke artikel afhankelijk van de aanwezigheid van meer dan één geval. Het lijkt verdedigbaar dat er pas van verscheidene werknemers sprake is indien er een wijzigingsvoorstel wordt gedaan dat geen verband houdt met een per individu verschillende situatie, maar met aan een groep verbonden gemeenschappelijke kenmerken. Een voorbeeld in de casus van het arrest: indien Stoof nog twee collega’s bij MEI had gehad, die ook een nieuwe functie zouden hebben gekregen in Schiedam, dan zou vermoedelijk nog steeds van drie individuele gevallen moeten worden gesproken. Zou daarentegen de reiskostenvergoeding voor werknemers op de locatie MEI worden gewijzigd, dan praten wij over verscheidene werknemers, ook al gaat het om dezelfde drie werknemers die getroffen worden.

Hoewel het niet zo zwart-wit ligt, zal dit in de praktijk betekenen dat de 611-discussie vaak gaat over individuele functiewijzigingen. Andere arbeidsvoorwaarden zullen meestal als uitvloeisel van die functiewijziging aan de orde zijn (voorbeeld: de werknemer krijgt een lagere functie en daar hoort geen auto bij). Bij de 613-discussie zal het meestal gaan om andere arbeidsvoorwaarden dan de functie. Behalve als het gaat om een collectieve functiewijziging in het kader van een reorganisatie. Ik doe echter alleen maar een poging om te verduidelijken wat de Hoge Raad wellicht heeft bedoeld. Op dit vlak is het arrest bepaald niet duidelijk te noemen.⁶ Dat geldt ook voor de wijze waarop de Hoge Raad het onderscheid tussen artikel 7:611 BW (individueel) en 7:613 BW (collectief) onderbouwt. De Hoge Raad zegt om te beginnen niet dat er geen enkele overlap zit tussen artikel 7:611 en 7:613 BW, maar dat artikel 7:613 BW ‘veeleer ziet’ op collectieve gevallen. Dat laat al een opening die niet wenselijk is. Voor de onderbou-

5 R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, *Arbeid Integraal* 2004/2 p. 31.

6 De Laat neigt in zijn preadvies naar een soortgelijke interpretatie. J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, reeks VvA nr. 36, Deventer: Kluwer 2008, p. 99.

wing van het onderscheid verwijst de Hoge Raad enkel naar de conclusie van de A-G Keus. Die noemt welgeteld twee argumenten voor het onderscheid: (1) artikel 7:613 BW ziet op een eenzijdige wijziging, terwijl de Taxi Hofman-formule juist ziet op het bereiken van overeenstemming, en (2) in de parlementaire geschiedenis is overwogen dat artikel 7:613 BW probeert om het belang van de werknemer bij het vereiste van zijn instemming met concrete wijzigingen enerzijds te verzoenen met het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden anderzijds. De A-G was bij punt 2 overtuigender geweest als hij ook had gewezen op het feit dat artikel 7:613 BW is voorgesteld als reactie op het IBM-arrest.⁷ In dat arrest had de Hoge Raad immers toegestaan dat werknemers gebonden waren aan een door de werkgever, met toepassing van een tussen hen geldend eenzijdig wijzigingsbeding, doorgevoerde wijziging. Dat creëerde een 'gat' in de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Voorstelbaar was dat werkgevers, zoals IBM, voortaan niet langer met vakbonden wilden afspreken, maar de werknemers bij indiensttreding een dergelijk beding oplegden, waarna zij in de arbeidsvoorwaardenvorming duidelijk de overhand zouden hebben. De relatie van artikel 7:613 BW tot het cao-recht ontbreekt derhalve. Ook op punt 1 was een toelichting van de A-G welkom geweest. Wat is het onderscheid tussen overeenstemming en eenzijdige wijziging nu waard indien een werknemer gedwongen kan zijn een voorstel te accepteren?

In dat verband is ook van belang of de Taxi Hofman-formule nu een voorbeeld is van de aanvullende of van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of van beide. Ik zelf meen dat laatste. Een andere rechtvaardiging voor de inpassing in ons systeem kan ik niet bedenken wanneer je iemand met de constructie van het redelijke voorstel wil verplichten een wijziging te accepteren. Eerst moet de werknemer aanvaarden op grond van 6:248 lid 2 BW dat een bepaalde afspraak niet meer afdwingbaar is. Daardoor ontstaat dan een leemte die met behulp van de aanvullende werking wordt ingevuld. De Laar wijst dat in zijn preadvies af met de stelling dat een werknemer niet achterover mag leunen, maar gehouden is op redelijke voorstellen in te gaan. Maar als hij daartoe gehouden is, dan is dat toch een vorm van de beperkende werking? Om het even in het algemeen vermogensrecht te zoeken: wanneer ik een appartement op Cyprus heb geboekt en dat onderdeel van de reisovereenkomst is, dan kan ik toch alleen maar op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in Benidorm worden geplaatst? Ook de A-G gaat met een boog om dit vraagstuk heen.

De Hoge Raad volstaat derhalve met verwijzing naar een inhoudelijk summier conclusie van de A-G. Beide argumenten bieden wel een historische

7 HR 7 oktober 1988, NJ 1988/335.

verklaring voor het verschil tussen artikel 7:611 en 7:613 BW, maar geen dogmatische rechtvaardiging. Het gebruik van het woord 'veeleer' bevestigt dat. Je vraagt je toch af of de A-G en de Hoge Raad niet iets meer gevoel zouden hebben kunnen tonen voor de discussie die hierover ten minste de afgelopen tien jaar is gevoerd. Ik ga dan nog maar voorbij aan het feit dat de Hoge Raad, zoals wel vaker, net doet alsof alles wat hij eerder heeft geoordeeld nog op zichzelf juist is, en nu iets verder wordt verduidelijkt. Maar bij dit onderwerp is het toch wel bijna een gotspe om net te doen alsof de lage rechtspraak en literatuur zich de afgelopen tien jaar geheel ten onrechte hebben afgevraagd of de Hoge Raad op 26 juni 1998 had nagedacht over de betekenis van het op 13 maart van hetzelfde jaar in werking getreden artikel 7:613 BW. Als ik deze onderbouwing lees, dan is dat voor mij het bewijs dat de Hoge Raad daar, zoals iedereen denkt, niet aan heeft gedacht.

De Hoge Raad noemt nergens artikel 6:248 lid 2 BW of de derogerende werking van artikel 7:611 BW.⁸ Impliciet doet hij dat echter wel door te wijzen op de noodzaak om bij gebreke van een eenzijdig wijzigingsbeding tot overeenstemming te komen. Vervolgens wijst de Hoge Raad erop dat in zaken waar een wijziging op het werk aan de orde is, artikel 7:611 BW kan worden gebruikt. In zaken waar geen wijziging op het werk aan de orde is, blijft dan alleen nog maar de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid over, zo constateer ik. Het is jammer dat de Hoge Raad op dit vlak niet wat explicieter is.

Men kan zich nog afvragen of een beroep op artikel 7:611 BW nog openstaat als een 613-beding is afgesproken. De Laat stelt in zijn preadvies dat 'indien een eenzijdige-wijzigingsbeding aanwezig is, de norm van artikel 7:613 BW en niet die van art. 7:611 BW van toepassing is.' Ik denk dat dit standpunt niet meer houdbaar is, aangezien artikel 7:611 en 7:613 BW voor verschillende situaties geschreven zijn volgens de Hoge Raad. Iets anders is of een werkgever een 613-beding mag inzetten in een 611-situatie. Dat is de vraag. Vroeger zou ik geneigd zijn te zeggen dat artikel 7:613 BW een zwaardere toets is dan artikel 7:611 BW, zodat een toets aan artikel 7:613 BW voor een 611-situatie nooit nadeliger voor de werknemer kan uitpakken. Ik denk echter dat het niet meer mogelijk is te zeggen dat de toets van artikel 7:613 BW altijd zwaarder is dan die van artikel 7:611 BW, zoals die sinds Mammoet/Stoof bestaat. De toets is wel anders.

Het vorenstaande overziende kan het oordeel van de Hoge Raad over de verhouding tussen artikel 7:611 en 7:613 BW en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid worden samengevat in het volgende beslismodel.

8 Die derogerende werking is trouwens evenzeer in art. 7:611 als in 6:248 lid 2 BW te vinden, getuige het Parallel Entry-arrest van 20 januari 2004.

Het lijkt er op dat er (slechts) drie vragen van belang zijn.

1. Ziet de regeling op een individuele werknemer of op verscheidene?
2. Is er sprake van gewijzigde omstandigheid op het werk?
3. Is er een eenzijdig wijzigingsbeding afgesproken?

De combinatie van de verschillende antwoorden op deze drie vragen leidt tot acht mogelijkheden. In twee gevallen is de uitkomst dat artikel 7:611 BW van toepassing is, in drie gevallen artikel 7:613 BW en in drie gevallen artikel 6:248 lid 2 BW. Een dergelijk beslismodel zou lagere rechtspraak kunnen helpen om nu op een juiste wijze toepassing te geven aan Stoof/Mammoet. Eerder onderzoek heeft uitgewezen dat tot op heden de rechtspraak niet zeer consistent is.⁹

Individueel?	ja	ja	ja	ja	nee	nee	nee	nee
Gewijzigde omstandigheid op werk?	ja	ja	nee	nee	nee	ja	ja	nee
Beding?	ja ¹	nee	ja	nee	nee	ja	nee	ja
Toepasselijk artikel	7:611 BW	7:611 BW	7:613 BW	6:248 lid 2 BW ²	6:248 lid 2 BW	7:613 BW	6:248 lid 2 BW	7:613 BW
<p>1 Ik heb aangenomen dat een werkgever ook een beroep op 611 kan doen als er een beding is afgesproken. Hij is iemand niet verplicht gebruik te maken van het beding; het is een recht dat geen afbreuk kan doen aan het recht dat hij als iedere werkgever aan art. 611 kan ontnemen. Bovendien zijn, blijkens Mammoet/Stoof, deze artikelen voor verschillende situaties geschreven.</p> <p>2 De Hoge Raad noemt nergens art. 6:248 lid 2, maar zegt dat er overeenstemming moet zijn bereikt.</p>								

8 Conclusie

Het voorgaande schema is uiteraard een versimpeling. Toch heeft de Hoge Raad bij de verhouding tussen artikel 7:611, 7:613 en 6:248 BW voor een simpele benadering gekozen. Er valt het nodige te zeggen voor deze benadering, zeker vanuit praktisch oogpunt. Dogmatisch is zij niet sterk, een betere oplossing voor de afbakening heb ik nog niet gezien. De simpelheid die in deze benadering de boventoon voert, ontbreekt in het oordeel over de toepassing van artikel 7:611 BW. Dit onderdeel roept veel kritische vragen op en wekt de indruk dat de Hoge Raad er nog niet aan toe is tot een duidelijk en afgewogen rechtsregel te komen. Duidelijk is dat de Hoge Raad toch

9 Zie C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx, *ArbeidsRecht* 2005/4, 26; W.A. Zondag, *Wegen en Wikken* bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de rechtspraak, *ArA* 2006/3 p. 4 e.v.

enigszins geschrokken is van de manier waarop de Taxi Hofman-formule in de praktijk werd uitgelegd. Een alle-omstandighedentoets is een duidelijke relativering van de strikte bewoordingen die tot op heden werden gebezigd. Het zal nog wel enkele arresten vergen voordat binnen deze toets de thans geplaatste accenten zijn verduidelijkt en daarmee een nieuw evenwicht is bereikt.

Het arrest Stoof/Mammoet sterkt mij in de gedachte dat de Hoge Raad een institutionele benadering heeft gekozen in zijn rechtspraak omtrent wijziging. Dat blijkt niet alleen uit de verwijzing naar het belang van de onderneming (als te onderscheiden van het belang van de werkgever), maar ook uit het toepassen van de derogerende werking, zonder dat overigens zo te benoemen. De Laat en Loonstra hebben zich in eerdere geschriften het felst verzet tegen de gedachte dat de Hoge Raad een institutionele koers vaart.¹⁰ In zijn preadvies houdt De Laat (zij het slechts indirect) vast aan zijn oude standpunt, doordat hij niet of nauwelijks ingaat op de jurisprudentie waarmee het allemaal begonnen is: Roovers/De Toekomst, Van Haaren/CeHaVe en Goldsteen/Roeland. Daarin liet de Hoge Raad voor het eerst zien dat een arbeidsovereenkomst niet hetzelfde is als een reisovereenkomst en dat de duur, de persoonlijke band en het samen in een schuitje zitten, meebrengen dat je een werknemer die niet meer kan, maar nog wel wil, moet accommoderen. Toen Taxi Hofman was geweest, merkte je de vertwijfeling bij Loonstra en De Laat: dit was een flink gat in de bescherming van de werknemer en van een institutionele visie kon alleen maar narigheid komen voor de werknemer. Het tegendeel is echter het geval, zo was toen al gebleken uit voornoemde jurisprudentie, die dezelfde structuur kent van het redelijke voorstel dat slechts in bepaalde gevallen mag worden geweigerd. Hun zorg over gebrek aan bescherming in de Taxi Hofman-formule was overigens wel terecht en daaraan komt de Hoge Raad nu tegemoet.

*J.M. van Slooten**

10 C.J. Loonstra, De Hoge Raad en de problematiek van de samenloop in het licht van artikel 7:11 BW (het goed werkgeverschap), *ArA* 2002/1, p. 4 e.v. en J.J.M. de Laat, Goed werknemerschap en revolutie, *ArA* 2001/3.

* Hoogleraar Arbeidsrecht Universiteit van Amsterdam en partner Stibbe.