

Flexibele arbeidsrelaties

Mr. D.J.B. de Wolff (red.)
Prof. mr. E. Verhulp (red.)

Mr. dr. L. van den Berg
Mr. E.C. van Fenema
Mr. Y.A.E. van Houte
Mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Flexibele arbeidsrelaties

Tweede druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2017

Verkorte citeerwijze: De Wolff & Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties (MSR nr. 25)* 2017.
Volledige citeerwijze: D.J.B. de Wolff & E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties (Monografieën Sociaal Recht nr. 25)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 14354 6
ISBN 978 90 13 14355 3(E-book)
NUR 825-502

© 2017, Wolters Kluwer Nederland BV

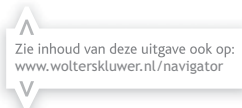
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden vervoelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 7, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprerecht, Postbus 3051, 2160 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements) overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



NAVIGATOR

INLEIDING

In de serie Monografieën sociaal recht kwam onder redactie van Verhulp in 2002 de bundel *Flexibele arbeidsrelaties* uit. Dat was kort na de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid (1999) en de implementatie van Europese richtlijnen op het gebied van deeltijdarbeid en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Inmiddels, vijftien jaar later, is er veel veranderd rond het thema flexibilisering van arbeidsrelaties. Op het gebied van wetgeving valt in de eerste plaats de invoering te noemen van de Wet werk en zekerheid (Wwz) in 2015. In de (rechts)praktijk doordat bijvoorbeeld het fenomeen van payrolling opkwam en de aandacht voor een flexibele invulling van vaste arbeidsovereenkomsten toenam. Daarnaast is het aantal zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) snel gegroeid, in ieder geval tot de invoering van de Wet DBA in 2016. Ook zij hebben voor een flexibelere arbeidsmarkt gezorgd.

Toename flexibele arbeidsrelaties

Enkele cijfers illustreren hoe de arbeidsmarkt in de afgelopen jaren veranderde. Het aantal werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is sinds 2008 gedaald met ongeveer 600.000, terwijl het aantal flexibele arbeidsrelaties in dezelfde periode is toegenomen met bijna 280.000 en het aantal zzp'ers met circa 180.000 personen. Momenteel werkt ongeveer 35% van de werkzame beroepsbevolking op een flexibele arbeidsrelatie of als zzp'er. Internationaal beschouwd is dat een hoog percentage. Met name jongeren en laag- en middelbaaropleiden werken steeds vaker in flexibele arbeidsrelaties.¹

Illustratief is de ontwikkeling in de afgelopen jaren. Tussen het eerste kwartaal van 2014 en het eerste kwartaal van 2016 nam het aantal werknemers toe van 8.146.000 naar 8.287.000. In 2014 hadden 1.617.000 mensen een flexibele arbeidsrelatie (19,85% van alle werknemers), twee jaar later waren dat er 1.748.000 (21,09% van alle werknemers). Het aantal uitzendkrachten steeg in deze periode met 17% (van 212.000 tot 248.000) en het aantal werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met uitzicht op een vast contract met 22% (van 217.000 naar 265.000). Het aantal oproepkrachten nam veel minder sterk toe. Hieronder is de vergelijking tussen 2014 en 2016 meer uitgebreid weergegeven²:

1 <http://www.cpb.nl/sites/default/files/MEV2016-kader-pag46.pdf>

2 Bron: CBS Statline.

	1 ^{ste} kwartaal 2014	1 ^{ste} kwartaal 2016
Totaal (x 1.000)	8 146	8 287
Werknemer	6 815	6 894
Werknemer met vaste arbeidsrelatie	5 198	5 146
Werknemer met flexibele arbeidsrelatie	1 617	1 748
Werknemer tijdelijk, uitzicht op vast	217	265
Werknemer tijdelijk >= 1 jaar	204	176
Werknemer tijdelijk < 1 jaar	166	185
Oproep/-invalkracht	501	527
Uitzendkracht	212	248
Werknemer vast, geen vaste uren	126	128
Werknemer tijdelijk, geen vaste uren	192	220

Nederland kent relatief, dat wil zeggen in verhouding tot andere EU-landen (met uitzondering van de na 1995 toegetreden lidstaten), een hoog aandeel flexibele werknemers, welk aandeel bovendien in de periode 2003-2013 ook relatief sterker is toegenomen. Dit kan worden verklaard door de hogere individuele ontslagbescherming en de minder sterke restricties op tijdelijk werk en uitzendwerk. Er bestaat ook een ander verschil: in de andere 'oude' EU-lidstaten hebben lager opgeleiden en jongeren verhoudingsgewijs nog vaker dan in Nederland een tijdelijk contract.³

Motieven van werkgevers en werknemers

Waardoor laat de toename van flexibele arbeidscontracten en inhuur van zzp'ers zich verklaren? Voor werkgevers zijn de belangrijkste motieven om flexibele contracten aan te gaan, zo rapporteert het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), de wisselvalligheid van het werk en tijdelijke beperkingen in de beschikbaarheid van het eigen personeel als gevolg van ziekte, zwangerschap of vakantie. Voor payrolling wordt relatief vaak gekozen uit kostenoverwegingen. Zzp'ers worden vaak ingezet voor meer specialistische werkzaamheden. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden vaak gekozen als wervingsmethode voor nieuw personeel. Ook laten werkgevers zich leiden door de arbeidsrechtelijke risico's die zij verbinden aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ongeveer een kwart tot een derde van de in een onderzoek van Ecorys geënquêteerde bedrijven stelde meer vaste contracten aan te zullen gaan wanneer de re-integratieplicht van werkgevers en werknemers zou worden versoepeld (25%), wanneer de loondoorbetalingsplicht bij ziekte zou worden ingekort (29%) en wanneer de ontslagbescherming zou worden versoepeld (34%).⁴

3 Lian Kösters & Wendy Smits, 'Tijdelijk werk: Nederland in Europees perspectief', in: *Dynamiek op de Nederlandse Arbeidsmarkt 2014*, CBS 2015, p. 147-148 e.v.

4 Peter Donker van Heel e.a., *Contractvormen en motieven van werkgevers en werknemers*, Ecorys, 2013, p. 30-31.

Werknemers met een flexibel contract hebben in overgrote meerderheid (80 tot 90 procent) een voorkeur voor een vast dienstverband. Veelal is hun keuze voor een flexibel contract dus noodgedwongen. Ook zzp'ers, die meer dan flexibele werknemers gehecht zijn aan autonomie over eigen inzetbaarheid en inhoud van het werk, vinden nochtans in veel gevallen een (vast) arbeidscontract belangrijk. Bijna een derde zou in een nieuwe baan het liefst direct bij een werkgever in dienst zijn.⁵

Interne en externe flexibiliteit

Flexibiliteit in arbeidsrelaties uit zich niet alleen in een toename van andere contracten dan arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Onafhankelijk van de juridische vormgeving kan immers binnen arbeidsrelaties van meer of minder flexibiliteit sprake zijn. Numerieke flexibiliteit, de mogelijkheid om de hoeveelheid beschikbare arbeid en arbeidsuren te laten variëren, kan enerzijds bereikt worden door inzet van tijdelijke krachten (op oproepbasis, voor bepaalde tijd, door inlening of de inzet van zzp'ers), maar ook door het hanteren van flexibele werktijden en -plaatsen (bevordering thuiswerken) en het opdragen van overwerk of werk op onregelmatige tijden. In de eerste situatie is sprake van externe flexibiliteit, in het tweede geval van interne flexibiliteit. Datzelfde onderscheid valt te maken bij het bevorderen van functionele flexibiliteit, het breed inzetten van arbeidskrachten. Functionele flexibiliteit kan worden vergroot door inhuur van gedetacheerde werknemers of zzp'ers (extern), maar ook door bijvoorbeeld functieroulatie en het vergroten van de competenties van het eigen personeel (intern). Cao's kunnen interne flexibiliteit ontmoedigen, bijvoorbeeld door toeslagen te bepalen voor overwerk en werk op onregelmatige uren of dagen. Cao's kunnen echter ook externe flexibiliteit tegengaan, bijvoorbeeld door voorwaarden te stellen aan het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of inlening via uitzendbureaus te limiteren.

Wettelijke maatregelen

De wetgever heeft op de toename van externe flexibiliteit onder meer gereageerd met maatregelen die, in beleidstaal uitgedrukt, 'vast minder vast' en 'flexibel minder flexibel' beoogden te maken. Dat was reeds het geval met de Wet Flexibiliteit en zekerheid van 1999. Met die wet werden de wettelijke opzegtermijnen verkort en werd het opzegverbod tijdens ziekte geschrapt voor het geval de arbeidsongeschiktheid aanvangt na het indienen bij het UWV van een verzoek om toestemming voor opzegging. De positie van oproepkrachten werd versterkt door onder meer de introductie van het rechtsvermoeden met betrekking tot de omvang van de arbeid en de minimale loonbescherming per oproep. Uitzendwerk werd gereguleerd, waardoor uitzendkrachten na verloop van tijd aanspraak op ontslagbescherming konden krijgen. De mogelijkheid om werknemers op basis van een vrijwel eindeloze reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te laten werken werd beperkt, dit in reactie op de indertijd voorkomende klapstoelconstructie (waarin een tijdelijke kracht telkens na een tussenpoos van een maand weer een nieuw tijdelijk contract kreeg) en draaideurconstructie (waarbij een werknemer langdurig afwisselend

5 Ruud van der Aa, Dennis van Buren & Thijs Viertelhuizen, "Motieven van werkgevers en werknemers voor flexibele contractvormen", in: *Dynamiek op de Nederlandse Arbeidsmarkt 2014*, CBS 2015, p. 122 e.v.

op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst en een uitzendovereenkomst dezelfde werkzaamheden verrichtte).

De Wwz beoogt te voorkomen dat werknemers 'langdurig en onvrijwillig' aangewezen zijn op onzekere flexibele contracten.⁶ Belangrijke elementen van deze wet zijn het bekorten van de maximale periode waarbinnen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar kunnen opvolgen en het beperken van de mogelijkheden om bij cao af te wijken van de bescherming van werknemers voor bepaalde tijd, oproepkrachten en uitzendwerknemers. Met aanpassingen van het ontslagrecht door de Wwz beoogde de regering het systeem van het ontslagrecht eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar voor werkgevers te maken. Hiertoe werd onder meer een wettelijke ontslagvergoeding (transitievergoeding) geïntroduceerd en werd bepaald dat de werkgever niet langer een keuze heeft tussen het vragen van toestemming voor opzegging bij het UWV of het verzoeken van ontbinding bij de kantonrechter. De ontslaggrond bepaalt nu dwingend de ontslagroute. Met de wettelijke transitievergoeding zou, zo verwachtte de regering, de kans op 'vast werk' voor met name oudere werknemers worden vergroot.⁷ Naast de arbeidsrechtelijke aanpassingen leidde de Wwz tot verkorting van de maximale WW-duur van 38 naar 24 maanden en een verruiming van de sollicitatieplicht van WW-gerechtigden. Beide maatregelen beogen het activerende karakter van de WW te versterken.

Naast de beide hier genoemde wetten zijn recent nog verschillende andere vermeldenswaardige maatregelen getroffen.

Kort voor de invoering van de Wet werk en zekerheid werd bepaald dat voor het opzegging van de arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een payrollbedrijf niet slechts de beëindiging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever (de materiële werkgever) bepalend was. Aan de hand van de omstandigheden bij die opdrachtgever wordt beoordeeld of zich een redelijke grond voor ontslag voordoet. Daarmee legitimeerde de wetgever het fenomeen payrolling, maar bestreed zij het mogelijke misbruik ervan.

Verder werd per 1 mei 2016 de Wet Deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) ingevoerd, die een einde maakte aan de vrijwel automatische vrijwaring van opdrachtgevers voor de betaling van loonheffing en sociale premies indien een opdrachtnemer beschikte over een zogenoemde VAR (verklaring arbeidsrelatie). Met de wet DBA worden de verantwoordelijkheden van de opdrachtnemer en de opdrachtgever bij het beoordelen van hun arbeidsrelatie 'beter in balans gebracht'. De wet had echter als voornaamste effect dat opdrachtgevers terughoudender werden bij het inhuren van zzp'ers en de commotie over dit effect heeft ertoe geleid dat de handhaving van de Wet DBA voorsnog is uitgesteld.

Rust aan het wetgevingsfront?

Net als de Wet DBA heeft de Wwz in zijn korte bestaan veel kritiek ontmoet. De Wwz is inmiddels al op verschillende punten aangepast, bijvoorbeeld om seizoensgebonden arbeid langduriger op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te kunnen bieden. Voorts zijn nieuwe wijzigingen aangekondigd. Deze hebben onder meer betrekking

⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 4.*

⁷ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5.*

op de verschuldigdheid van de transitievergoeding bij verval van arbeidsplaatsen en bij langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

Intussen blijven telkens nieuwe ontwikkelingen om aandacht vragen. De Hoge Raad heeft zich bijvoorbeeld in november 2016 uitgelaten over het betrekkelijk nieuwe fenomeen payrollen en overwogen dat voor zover de toepassing van de regels over de uitzendovereenkomst in nieuwe driehoeksrelaties als payrollen zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de uitzendovereenkomst voor ogen heeft gestaan, het aan de wetgever is om eventuele grenzen te stellen.⁸

Dit is echter in zekere zin 'klein bier'. Een belangrijker vraagstuk is hoe toekomstbestendig het gehele stelsel van bescherming van werkenden is. Steeds luider getuigen werkgevers (bij monde van bijvoorbeeld VNO-NCW) van hun aversie tegen de wettelijke loondoorbetaling en re-integratiebescherming bij ziekte van werknemers. De fiscaal vriendelijke behandeling van zelfstandigen heeft er daarbij voor gezorgd dat het opdragen van werk aan zzp'ers door beide partijen als een win-winsituatie wordt gezien. Op de lange termijn wordt hiermee echter het draagvlak voor cao's en sociale zekerheid uitgehold. De toegenomen flexibilisering baart ook om andere redenen zorgen. 'Onderscholing' van tijdelijke werknemers, oproep- en uitzendkrachten en zzp'ers wordt gezien als de keerzijde van de medaille van de flexibilisering. Dat is niet alleen nadelig voor de loopbaanmogelijkheden en het perspectief van de werkenden, maar kan op den duur zelfs het kennis- en innovatieniveau van de economie uithollen.⁹

Afwegingen tussen flexibiliteit en zekerheid zouden daarom niet zozeer plaats moeten vinden binnen de context van het arbeidsovereenkomstenrecht, maar, breder, binnen de context van arbeidsrecht, overeenkomstenrecht, sociale zekerheid, scholing en fiscaliteit.

Korte inhoud van deze bundel

In deze uitgave worden de arbeidsrechtelijke ontwikkelingen van flexibiliteit in arbeidsrelaties onderzocht naar de stand van zaken per eind 2016. Dit gebeurt in zes hoofdstukken.

Interne flexibiliteit is het onderwerp van het eerste hoofdstuk in dit boek, de bijdrage van Verhulp. Hij behandelt de vraag of de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voldoende flexibiliteit kent om zich aan te passen aan de veranderende omstandigheden waarbinnen deze overeenkomst wordt uitgevoerd. Hij behandelt ten eerste het beding van eenzijdige wijziging en de norm van redelijkheid en billijkheid als grondslagen voor aanpassing van arbeidsvoorwaarden. Verhulp gaat ook in op de wijzigingsmogelijkheden die de Wet flexibel werken de werknemer geeft. Het derde deelthema is de aanpassing van de arbeid indien de arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische redenen vervalt of indien de werknemer door ziekte ongeschikt is voor de oorspronkelijke arbeid.

Van Fenema beschrijft de oproepovereenkomst (hoofdstuk 2) en gaat in op de verschillende vormen waarin deze voorkomt: de voorovereenkomst, de overeenkomst met uitgestelde

8 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356.

9 Fabian Dekker, 'Flexibilisering in Nederland: trends, kansen en risico's', in: WRR, *Voor de zekerheid*, Den Haag 2017.

prestatieplicht, de minimumovereenkomst en de min-/max-overeenkomst. Hij behandelt onder andere in hoeverre de werkgever verplicht is werk aan een oproepkracht aan te bieden, de loonaanspraak van de oproepkracht als hij niet wordt opgeroepen en het recht van de oproepkracht op een vaste arbeidsduur. Daarbij komen de relevante wettelijke bepalingen, de rechtspraak en de literatuur over dit onderwerp aan bod. Ook komen de maatregelen aan de orde die de wetgever met de Wwz heeft getroffen om het langdurig gebruik van oproepovereenkomsten te voorkomen, zoals de beperking van de mogelijkheid om (nadat de arbeidsovereenkomst zes maanden heeft geduurd) bij cao af te wijken van het beginsel dat de werkgever loon verschuldigd is als er geen werk voor de oproepkracht is.

De bijdrage van De Wolff, hoofdstuk 3, is gewijd aan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Zij gaat in op de verschillende mogelijkheden om een arbeidsovereenkomst van rechtswege te doen eindigen en aan de bijzondere bepalingen die gelden voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, zoals de aanzegplicht en de tussentijdse opzegging of ontbinding. De nieuwe ketenregeling vormt uiteraard een belangrijk onderdeel, alsmede de bepalingen betreffende opvolgend werkgeverschap.

Van Houte behandelt in hoofdstuk 4 de uitzendovereenkomst en laat zien dat uitzending een belangrijke bijdrage levert aan de dynamiek op de arbeidsmarkt. Zij beschrijft de beperkingen die de Wwz heeft aangebracht aan de mogelijkheden om bij cao af te wijken van de ketenregeling en van de bepaling over de periode waarin het zogenoemde uitzendbeding kan gelden. Ook behandelt zij het ontslagrecht in relatie tot de uitzendovereenkomst. Verder komt in deze bijdrage de cao voor uitzendkrachten aan de orde en de bijzondere bepalingen die op grond van de Waadi voor uitzendkrachten en hun werkgevers relevant zijn, zoals de bepaling over de inlenersbeloning en het belemmeringsverbod.

Zwemmer bespreekt in hoofdstuk 5 het fenomeen payrolling, waarbij de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer feitelijk werkzaam is het juridische en administratieve werkgeverschap uitbesteedt aan een payrollbedrijf. Bij payrolling werft en selecteert deze 'feitelijke' werkgever (de opdrachtgever) de werknemer, neemt een door de opdrachtgever aangezocht payrollbedrijf de werknemer vervolgens in dienst en stelt dit payrollbedrijf de werknemer exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking aan de opdrachtgever. Zwemmer gaat in op de arbeidsrechtelijke kwalificatie van payrolling en op de gevolgen van het eerdergenoemde arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016. Hij stelt vast dat het ook na dit arrest nog steeds de vraag is of een opdrachtgever en een payrollbedrijf kunnen afspreken dat het juridische werkgeverschap met behulp van een payrollconstructie kan worden 'weggecontracteerd' naar een payrollbedrijf. De definities van de arbeids- en uitzendovereenkomst in art. 7:610 en 7:690 BW zijn immers nog steeds van dwingend recht. In dat verband wordt ook stilgestaan bij de consequenties van het werkgeverschap van een payrollbedrijf voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de sinds 2015 geldende bijzondere ontslagregels bij payrolling in de Ontslagregeling en op de verplichtingen van de opdrachtgever tegenover de payrollwerknemer wanneer wordt aangenomen dat deze formeel in dienst is van het payrollbedrijf.

Hoofdstuk 6, van de hand van Van den Berg, beschrijft de positie van de zzp'er in het sociaal recht. Ruim aandacht wordt besteed aan de vraag wanneer een zzp'er als werknemer in de zin van art. 7:610 BW kan worden gekwalificeerd. Verder komen aan de orde regelingen die een ruimere werkingssfeer kennen dan uitsluitend de arbeidsovereenkomst. Zo komt ook het werknemersbegrip in de werknemersverzekeringen aan bod en wordt aandacht besteed aan de fiscale behandeling van de zzp'er. Verder zal worden nagegaan in hoeverre eisen kunnen worden gesteld aan de hoogte van de beloning van de zzp'er. Ten slotte komt de verantwoordelijkheid voor de veiligheid van de zzp'er aan de orde.

Mr. D.J.B. de Wolff

INHOUDSOPGAVE

Inleiding / V

Afkortingen / XIX

HOOFDSTUK 1

Flexibiliteit in de arbeidsovereenkomst: interne flexibiliteit / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Het wijzigingsbeding en het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden op grond van goed werknemerschap / 4
 - 1.2.1 Het wijzigingsbeding / 4
 - 1.2.2 Wijziging van collectieve arbeidsvoorwaarden op grond van een wijzigingsbeding / 4
 - 1.2.3 Wijzigen van individuele arbeidsvoorwaarden op grond van het wijzigingsbeding / 6
 - 1.2.4 Wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden zonder een wijzigingsbeding / 8
 - 1.2.5 Feitelijke vaststelling van de wijziging / 10
 - 1.2.6 Het wijzigingsontslag, wijziging van de omvang van de arbeidsovereenkomst en de transitievergoeding / 12
 - 1.2.7 Is ondubbelzinnige instemming van de werknemer nodig? / 14
 - 1.2.8 Instructierecht / arbeidsvoorwaarde / 14
- 1.3 Wijzigingen op verzoek van de werknemer / 15
 - 1.3.1 De Wet flexibel werken / 15
 - 1.3.2 Aanpassingen op grond van goed werkgeverschap / 17
- 1.4 Herplaatsing bij ontslagdreiging en arbeidsongeschiktheid / 18
 - 1.4.1 Herplaatsing op grond van art. 7:669 lid 1 BW / 18
 - 1.4.2 Herplaatsing wegens andere redenen / 20
- 1.5 Afronding / 20

HOOFDSTUK 2

Oroepovereenkomsten / 23

- 2.1 Inleiding / 23
 - 2.1.1 Begrip oproepovereenkomst / 23
 - 2.1.2 Omvang en reden gebruik oproepovereenkomst / 24
 - 2.1.3 Relevante wettelijke regelingen / 25
- 2.2 De nulurenovereenkomst als voorovereenkomst / 27
 - 2.2.1 Aard en inhoud voorovereenkomst / 27

- 2.2.2 De arbeidsovereenkomst na de oproep / 29
- 2.2.3 Invloed ketenregeling / 31
- 2.2.4 Recht om opgeroepen te worden / 33
- 2.3 De nulurenovereenkomst als arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplichten (mup) / 34
 - 2.3.1 Aard en inhoud arbeidsovereenkomst mup / 34
 - 2.3.2 De verplichting de oproepkracht op te roepen en de verplichting daaraan gehoor te geven / 37
 - 2.3.3 Uitsluiting van het loonrisico van art. 7:628 lid 1 BW / 39
 - 2.3.4 Loonaanspraak na zes maanden; rechtsvermoeden omvang arbeidsduur (art. 7:610b BW) / 41
 - 2.3.5 Recht op loon tijdens ziekte / 43
- 2.4 De minimum- en min-/max-overeenkomst / 44
 - 2.4.1 Aard en inhoud minimum- en min-/max-overeenkomst / 44
 - 2.4.2 Loonaanspraak na zes maanden; rechtsvermoeden omvang arbeidsduur (art. 7:610b BW) / 46
- 2.5 Enkele bijzondere aspecten van de oproepovereenkomst / 49
 - 2.5.1 Beloning oproepkracht; gelijke behandeling / 49
 - 2.5.2 Minimumloonaanspraak bij oproep van minder dan drie uur, art. 7:628a BW / 50
 - 2.5.3 Vakantie / 51
 - 2.5.4 Aanzegverplichting; transitievergoeding / 53
 - 2.5.5 Medezeggenschap / 54
- 2.6 Slot / 55

HOOFDSTUK 3

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd / 57

- 3.1 Arbeid op maat met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd / 57
- 3.2 Verschillende soorten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd / 58
 - 3.2.1 Kalendermatig bepaalde tijd / 58
 - 3.2.2 Betrekkelijk bepaalde tijd / 58
 - 3.2.3 Arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde / 59
 - 3.2.4 Arbeidsovereenkomst met maximumduur / 60
- 3.3 Specifieke wettelijke bepalingen / 60
 - 3.3.1 Proeftijd / 61
 - 3.3.2 Concurrentiebeding / 61
 - 3.3.3 Tussentijdse beëindiging / 63
 - 3.3.4 Verbod van onderscheid in de arbeidsvoorwaarden / 66
 - 3.3.5 Informatieplichten van de werkgever / 68
- 3.4 Voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd / 72
 - 3.4.1 Voortzetting / 72
 - 3.4.2 Voortzetting zonder informatie of tegenspraak / 72
 - 3.4.3 Toezeggingen en gewekte verwachtingen / 73
 - 3.4.4 Discriminatieverbod / 74
 - 3.4.5 De ketenregeling van art. 7:668a BW / 74

- 3.5 Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, gevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (de Ragetlie-regel) / 82
- 3.6 Regulier ontslagrecht en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd / 83
 - 3.6.1 Opzegtermijn / 84
 - 3.6.2 Berekening anciënniteit bij ontslag wegens verval van arbeidsplaatsen / 84
 - 3.6.3 Transitievergoeding / 84
 - 3.6.4 Billijke vergoeding / 87
- 3.7 Tot slot / 87

HOOFDSTUK 4

De uitzendovereenkomst / 89

- 4.1 Inleiding / 89
 - 4.1.1 De uitzendovereenkomst: een flexibele arbeidsrelatie / 89
 - 4.1.2 Andere vormen en namen van terbeschikkingstelling / 89
 - 4.1.3 Cijfers over uitzending / 90
- 4.2 De uitzendovereenkomst gedefinieerd / 90
 - 4.2.1 Duiding uitzendovereenkomst / 90
 - 4.2.2 De uitzendovereenkomst is een arbeidsovereenkomst / 91
 - 4.2.3 In het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever / 91
 - 4.2.4 Terbeschikkingstelling aan een derde / 92
 - 4.2.5 Onder toezicht en leiding van de derde / 92
 - 4.2.6 Opdracht / 93
- 4.3 De bijzondere bepalingen van de uitzendovereenkomst / 94
 - 4.3.1 Bijzondere bepalingen voor de uitzendonderneming / 94
 - 4.3.2 Ketenbepaling gedurende 26/78 weken niet van toepassing / 94
 - 4.3.3 Maximale duur flexibele en tijdelijke contracten / 95
 - 4.3.4 Het uitzendbeding / 95
 - 4.3.5 Contract sui generis / 96
 - 4.3.6 Geen aanzegverplichting voor uitzendovereenkomst met uitzendbeding / 97
 - 4.3.7 Geen loondoorbetalingsverplichting / 97
 - 4.3.8 Intra-concernuitlening / 98
- 4.4 Opvolgend werkgeverschap / 99
 - 4.4.1 Draaideurconstructies / 99
 - 4.4.2 Definitie opvolgend werkgeverschap / 99
 - 4.4.3 Opvolgend werkgeverschap na uitzending: art. 7:668a lid 2 BW / 99
 - 4.4.4 Opvolgend werkgeverschap voor een uitzendonderneming: art. 7:691 lid 5 BW en 7:668a lid 2 BW / 100
 - 4.4.5 Opvolgend werkgeverschap en transitievergoeding / 102
- 4.5 Bijzondere bepalingen in de cao voor uitzendkrachten 2012-2017 / 102
 - 4.5.1 Cao voor uitzendkrachten algemeen verbindend verklaard / 102
 - 4.5.2 Fasensysteem cao voor uitzendkrachten / 103
 - 4.5.3 Inlenersbeloning vanaf dag één / 103
 - 4.5.4 WagwEU / 104
 - 4.5.5 Ziekte is einde uitzending / 104
 - 4.5.6 Melding arbeidsverleden / 105

- 4.5.7 SNCU / 105
- 4.6 De uitzendovereenkomst en ontslag / 106
- 4.6.1 Bijzondere ontslagregels / 106
- 4.6.2 Ontslagregeling Wwz; definitie uitzendwerkgever / 106
- 4.6.3 Redelijke grond / 107
- 4.6.4 Redelijke grond voor ontslag uitzendkracht / 107
- 4.6.5 Passende vervangende arbeid / 108
- 4.6.6 Beperking afspiegelingsbeginsel / 108
- 4.6.7 Hardheidsclausule / 109
- 4.6.8 Wederindiensttredingsvoorwaarde / 109
- 4.7 De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) / 110
- 4.7.1 Gedragsnormen / 110
- 4.7.2 Definitie ter beschikking stellen van arbeidskrachten / 111
- 4.7.3 Registratieplicht / 111
- 4.7.4 Gelijke behandeling / 112
- 4.7.5 Verbod op tegenprestatie / 113
- 4.7.6 Belemmeringsverbod / 113
- 4.7.7 Verbod op het breken van een staking / 115
- 4.7.8 Doorgeleidingsplicht / 116
- 4.8 Slotbeschouwing / 116

HOOFDSTUK 5

Payrolling / 119

- 5.1 Inleiding / 119
- 5.2 De juridische kwalificatie van payrolling / 120
- 5.2.1 De werkgever in art. 7:610 BW / 121
- 5.2.2 De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst in het BW / 122
- 5.2.3 De definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW / 124
- 5.3 Het Care4Care-arrest: de Hoge Raad over art. 7:690 BW / 129
- 5.4 Payrolling en het werkgeverschap na het Care4Care-arrest / 131
- 5.5 Arbeidsrechtelijke consequenties bij aanvaarding van payrolling / 134
- 5.6 Payrolling en ontslagbescherming / 137
- 5.6.1 Ontslagregels payrollwerknemers in Ontslagregeling / 137
- 5.6.2 Bedrijfseconomische redenen en afspiegelingsbeginsel / 138
- 5.6.3 In de persoon van de payrollwerknemer gelegen redenen / 139
- 5.6.4 Gebruikmaking van hardheidsclausule in Ontslagregeling door payrollbedrijf / 139
- 5.6.5 Informatieverstrekking opdrachtgever aan payrollbedrijf / 140
- 5.6.6 De wederindiensttredingsvoorwaarde bij payrolling / 140
- 5.6.7 Kan een payrollbedrijf dat ook uitzendt gebruikmaken van de ontslagregels voor de uitzendwerkgever? / 141
- 5.6.8 Bedrijfsbeëindiging payrollbedrijf geen redelijke grond voor opzegging / 142
- 5.7 Werkgeversverplichtingen opdrachtgever jegens payrollwerknemer / 142
- 5.7.1 Aansprakelijkheid opdrachtgever voor het aan de payrollwerknemer verschuldigde loon / 142

- 5.7.2 Aansprakelijkheid opdrachtgever jegens payrollwerknemer op grond van art. 7:658 BW / 142
- 5.7.3 Verplichtingen opdrachtgever jegens payrollwerknemer op grond van publiekrechtelijke arbeidswetgeving / 144
- 5.8 Slot / 146

HOOFDSTUK 6

De zelfstandige zonder personeel / 149

- 6.1 Algemeen / 149
 - 6.1.1 Inleiding / 149
 - 6.1.2 Terminologie / 151
 - 6.1.3 Belang van het onderscheid werknemer-zelfstandige / 153
 - 6.1.4 Plan van aanpak / 155
- 6.2 Kwalificatie van de arbeidsrelatie van de zzp'er / 155
 - 6.2.1 Dwingendrechtelijke omschrijving arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW / 155
 - 6.2.2 Beoordelingskader bij kwalificatie / 158
 - 6.2.3 Uitwerking beoordelingskader ten aanzien van de zzp'er / 158
 - 6.2.4 Rol rechtsvermoeden art. 7:610a BW / 163
 - 6.2.5 Evolueren rechtsverhouding naar arbeidsovereenkomst / 163
- 6.3 De zzp'er in de fiscaliteit en de werknemersverzekeringen / 165
 - 6.3.1 Zelfstandigen en de (werknemers)verzekeringen en de Wet IB 2001 / 165
 - 6.3.2 Belang kwalificatie werknemer in werknemersverzekeringen en loonheffingen / 166
 - 6.3.3 Privaatrechtelijke dienstbetrekking / 166
 - 6.3.4 Fictieve dienstbetrekking / 167
 - 6.3.5 Zekerheid vooraf over de status van de arbeidsrelatie / 169
- 6.4 Beloning / 171
 - 6.4.1 Inleiding / 171
 - 6.4.2 WML / 172
 - 6.4.3 Minimumtarieven in cao's / 174
- 6.5 Veiligheid / 177
 - 6.5.1 Inleiding / 177
 - 6.5.2 Publiekrechtelijke veiligheidswetgeving / 178
 - 6.5.3 Art. 7:658 BW / 179
 - 6.5.4 Redelijkheid en billijkheid / 182
- 6.6 Tot slot / 182

Over de auteurs / 185

Trefwoordenregister / 187

AFKORTINGEN

aant.	aantekening
ABU	Algemene Bond Uitzendondernemingen
afl.	aflevering
A-G	advocaat-generaal
AOW	Algemene Ouderdomswet
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
art(t).	artikel(en)
Artw	Arbeidstijdenwet
AR Updates	Arbeidsrecht Updates
Arbeidstijdenbesluit	Arbeidstijdenbesluit
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BGL	beschikking geen loonheffingen
Bju	Boom Juridische uitgevers
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CNV	Christelijk Nationaal Vakverbond
CPB	Centraal Planbureau
CRM	College voor de rechten van de mens
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CWI	Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen
DBA	Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties
DC	defined contribution
Dga	directeur-groootaandeelhouder
diss.	dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europese Gemeenschappen
EU	Europese Unie
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HSI	Hugo Sinzheimer Instituut
IBO	Interdepartementaal Beleidsonderzoek
ILO	International Labour Organization
IMF	Internationaal Monetair Fonds

JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JIN	Jurisprudentie in Nederland
Jo.	juncto
Ktr.	kantonrechter
LBV	Landelijke Belangen Vereniging
LJN	Landelijk jurisprudentienummer
losbl.	losbladige
MBB	Maandblad belastingbeschouwingen
mkb	midden- en kleinbedrijf
m.nt.	met noot
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
mup	met uitgestelde prestatieplichten
Mw	Mededingingswet
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
nr(s).	nummer(s)
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
nv	naamloze vennootschap
NvW	Nota van wijziging
p.	pagina
par.	paragraaf
Pb. EG/EU	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (tot 1 februari 2003; Publicatieblad van de Europese Unie (vanaf 1 februari 2003))
Pres. (Rb.)	President (van de rechtbank)
Prg.	Praktijkgids
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
SBI	Standaard Bedrijfsindeling
SER	Sociaal Economische Raad
SEW	Tijdschrift voor Europees en economisch recht (Sociaal-economische wetgeving)
SMA	Sociaal Maandblad Arbeidsrecht
SR	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
StiPP	Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten
StvdA	Stichting van de Arbeid

SZW	(Ministerie van) Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAO	Tijdschrift Arbeid en Onderneming
TAP	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
T&C	Tekst en Commentaar
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
VAR	verklaring arbeidsrelatie
vgl.	vergelijk
VPO	Vereniging Payroll Ondernemingen
VvA	Vereniging voor Arbeidsrecht
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vzr.	Voorzieningenrechter
WAA	Wet aanpassing arbeidsduur
Waadi	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WagwEU	Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie
WAS	Wet aanpak schijnconstructies
WAV	Wet arbeid vreemdelingen
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Wet CAO	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wfw	Wet flexibel werken
WFz	Wet flexibiliteit en zekerheid
WGBh/cz	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WW	Werkloosheidswet
Wwz	Wet werk en zekerheid
ZW	Ziektewet
zzp'er	zelfstandige zonder personeel

HOOFDSTUK 1

Flexibiliteit in de arbeidsovereenkomst: interne flexibiliteit

Prof. mr. E. Verhulp

1.1 Inleiding

In een snel veranderende samenleving veranderen arbeidsorganisaties ook snel. Dat vraagt van de werkgever en de werknemer aanpassingen, ook van de afspraken die ze samen hebben gemaakt. Als die aanpassingen niet kunnen plaatsvinden, kan dat uiteindelijk leiden tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dat beëindigen wordt soms wel wat eufemistisch als 'externe flexibiliteit' aangeduid. Bij veel flexibele arbeidsrelaties is de externe flexibiliteit als het ware in de relatie 'meegebakken'. Als aan de arbeid die de werknemer verricht slechts gedurende een korte, van te voren in te schatten, tijd behoefte is, ligt het voor de hand om voor de duur van de vraag naar die arbeid een arbeidsovereenkomst te sluiten. Indien de arbeidsinzet structureler is maar de omvang van de arbeid onduidelijk, kan een oproepovereenkomst worden afgesproken.

In de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is deze externe flexibiliteit niet vormgegeven. Deze arbeidsovereenkomst, die als uitgangspunt voor de arbeidsverhouding wordt beschouwd, is gericht op een duurzame samenwerking tussen de werkgever en de werknemer.¹ Dat kan er toe leiden dat de behoefte bestaat de voorwaarden waaronder de arbeid wordt verricht, te wijzigen. Als het mogelijk is de arbeidsovereenkomst mee te laten veranderen met de wijzigingen, kan daarmee beëindiging van de arbeidsovereenkomst soms worden voorkomen. De mate waarin het veranderen van de afspraken die gelden bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mogelijk is, wordt wel de interne flexibiliteit genoemd. Deze krijgt de laatste tijd, mede door de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz), meer nadruk. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft aangekondigd de SER over de flexibiliteit binnen arbeidsorganisaties advies te vragen, mede in relatie tot de vraag wat de gevolgen zijn van interne flexibiliteit voor de innovatie van bedrijven.²

1 Dat volgt zowel uit het systeem van titel 10 Boek 7 BW (art. 7:610a, art. 7:668a en art. 7:690 BW) als uit de preambule van Richtlijn 1999/70/EG.

2 Brief van 20 oktober 2015 aan de SER, kenmerk 2015-0000288656.

Een wijziging van de arbeidsvoorwaarden die tussen werkgever en werknemer gelden, wordt in Nederland vaak bereikt door een wijziging van de cao. Veelal is de cao van toepassing verklaard in de arbeidsovereenkomst en worden de wijzigingen van de cao zo geformuleerd³ dat deze wijzigingen onderdeel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Naar mijn mening is een dergelijk incorporatiebeding geen eenzijdig wijzigingsbeding omdat de werknemer er door aanvaarding van het beding mee instemt dat zijn vertegenwoordiger, de cao sluitende vakbond, namens hem die cao-afspraken maakt, waaraan hij weer gebonden wordt.⁴

Bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan de nadruk worden gelegd op hetgeen in de overeenkomst is opgenomen. Dat komt de rechtszekerheid ten goede: als is overeengekomen dat de werknemer een bepaalde functie vervult, mag de werkgever zonder instemming van de werknemer niet verlangen dat hij andere dan de aan die functie gekoppelde werkzaamheden verricht. In dat geval komt de nadruk te liggen op hetgeen is overeengekomen. De in de arbeidsovereenkomst opgenomen arbeidsvoorwaarden kunnen dan alleen met inachtneming van de privaatrechtelijke regels gewijzigd kan worden. Vaak ook wordt de arbeidsovereenkomst opgevat als een soort adhesiecontract, waarbij de werknemer zich verbindt deel uit te maken van de organisatie van de werkgever. In die gedachte past het aan te nemen dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst mede wordt bepaald door de (terechte) belangen van de organisatie van de werkgever. Daar hoort bij dat de voor de organisatie noodzakelijke veranderingen van de overeenkomst onderdeel van die overeenkomst zijn. Deze gedachte wordt wel de institutionele theorie genoemd, terwijl de gedachte dat de arbeidsovereenkomst en de daarin overeengekomen arbeidsvoorwaarden alleen gewijzigd kunnen worden overeenkomstig de privaatrechtelijke regels, wel de contactuele theorie wordt genoemd.⁵

De wetgever heeft zich niet aan een keuze tussen een van de twee theorieën of benaderingen gewaagd en ook de Hoge Raad heeft zich over een dergelijke keuze niet expliciet uitgelaten. De wettelijke beperking van de mogelijkheid een in de arbeidsovereenkomst opgenomen wijzigingsbeding te gebruiken (art. 7:613 BW) lijkt te passen bij de contractuele theorie. De rechtspraak die de werknemer op grond van het goed werknemerschap (art. 7:611 BW) soms gebonden acht aan door de werkgever gewenste veranderingen van de overeenkomst past beter bij de institutionele theorie.

Soms dwingt de wetgever partijen bij de arbeidsovereenkomst wijzigingen van de afspraken te aanvaarden. Met de Wet Verbetering Poortwachter is de verplichting van de werkgever een arbeidsongeschikte werknemer te herplaatsen in een andere passende functie gecodificeerd (art. 7:658a BW) en is voor de werknemer bepaald dat hij de door de werkgever aangeboden passende arbeid dient te aanvaarden (art. 7:660a BW.) Met de Wwz is in het geval de werkgever ontslag van de werknemer overweegt de verplichting de werknemer te herplaatsen ingevoerd (art. 7:669 lid 1 BW). Niet is bepaald dat de werknemer de aangeboden

3 In ieder geval na het arrest van HR 8 april 2011, LJN BP0580 (*AbvaKabo/Unieke Kinderopvang*).

4 In deze zin Hof Amsterdam 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:53. Zie hierover de discussie tussen R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt', *SMA* 2006, afl. 7/8, p. 308-311, en R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006, afl. 7/8, p. 312-314.

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

passende arbeid dient te aanvaarden. In het geval de werkgever de werknemer passende arbeid aanbiedt in verband met het bestaan van een ontslaggrond, zal de weigering van de werknemer die passende arbeid te aanvaarden, leiden tot zijn ontslag.

In de rechtspraak is evenmin een duidelijke keuze voor de ene of de andere benadering te vinden. De rechter blijkt de beantwoording van de vraag of een wijziging van een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde toegestaan moet worden heel praktisch te benaderen. Als een werkgever een wijziging van de in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde wil doorvoeren, vindt een belangenafweging plaats op grond waarvan bezien wordt wiens belang voorrang verdient, zonder dat er veel aandacht is voor de theorievorming.

In dit hoofdstuk komt aan de orde hoe de interne flexibiliteit in de arbeidsovereenkomst, en vooral die voor onbepaalde tijd, vorm wordt gegeven. Eerst worden in par. 1.2 de bepalingen met betrekking tot de verandering van de arbeidsovereenkomst tegen het licht gehouden (art. 7:613 en 7:611 BW). In lijn met het privaatrecht kan de overeenkomst door partijen worden veranderd als ze beiden met die wijziging instemmen. Deze wijziging met wederzijds goedvinden is juridisch niet gecompliceerd. In de praktijk doen zich met name bewijsrechtelijke problemen (heeft de werknemer inderdaad ingestemd?) voor, die hier onbesproken zullen blijven. Een wat complexere variant van de wijziging met wederzijds goedvinden doet zich voor indien een zogenaamd wijzigingsbeding is gesloten. Indien in een overeenkomst de bepaling is opgenomen die een der partijen de bevoegdheid geeft de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, geldt als uitgangspunt dat de andere partij met die wijziging bij voorbaat heeft ingestemd. Omdat het gebruik door de werkgever van een dergelijke bepaling voor de werknemer zeer ongunstig kan zijn, heeft de wetgever dat gebruik beperkt. Deze beperking is te vinden in art. 7:613 BW en zal worden besproken in de volgende paragraaf. Als geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, kan een werkgever onder omstandigheden van de werknemer instemming met een wijziging van de arbeidsovereenkomst verlangen op grond van het goed werknemerschap.

Ook de werknemer kan behoefte hebben aan verandering van de arbeidsvoorwaarden en de werkgever trachten te bewegen in te stemmen met een wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van het goed werkgeverschap. Dat zal zich vooral voordoen als de privéomstandigheden van de werknemer veranderen. In het geval hij meer of minder wil werken, op een andere plaats of op andere tijden, kan hij een beroep doen op de Wet flexibel werken. Deze wet gaat er van uit dat de werkgever een verzoek van de werknemer tot wijziging van de arbeidsduur of werktijd alleen kan afwijzen als hij daarvoor zwaarwegende bedrijfsbelangen kan aanwijzen. Over het verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats dient de werkgever met de werknemer te overleggen. De wijzigingen die de werknemer kan proberen te bewerkstelligen worden behandeld in par. 1.3.

In par. 1.4 komen de wijzigingen van de arbeidsovereenkomst als gevolg van het bestaan van een redelijke grond voor ontslag en als gevolg van arbeidsongeschiktheid aan de orde. De dan geldende herplaatsingsverplichting kan betekenen dat de werkgever gehouden is de werknemer in een andere functie dan is overeengekomen, te werk te stellen. Par. 1.5 ten slotte zal proberen een antwoord te geven op de vraag of de arbeidsovereenkomst

voor onbepaalde tijd voldoende flexibiliteit kent om zich aan te passen aan veranderde omstandigheden.

1.2 Het wijzigingsbeding en het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden op grond van goed werknemerschap

1.2.1 Het wijzigingsbeding

Het 'eenzijdige' wijzigingsbeding is een beding waarmee de ene partij bij voorbaat instemt met een door de andere partij gewenste verandering van de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen voorwaarden. De wijziging die doorgevoerd wordt, berust dus op (vooraf gegeven) instemming van de wederpartij en is in die zin niet eenzijdig. Vrijwel altijd is een eenzijdig wijzigingsbeding ten gunste van de werkgever bedongen en geeft het hem de mogelijkheid om wijzigingen in de arbeidsovereenkomst door te voeren. Om te voorkomen dat werkgevers te vergaand gebruik van dit beding maken, stelt art. 7:613 BW voorwaarden aan het gebruik van het eenzijdig wijzigingsbeding.

Als uitgangspunt heeft de wetgever bij de invoering van art. 7:613 BW voor ogen gestaan dat 'arbeidsvoorwaarden in beginsel niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd.'⁶ Als uitgangspunt geldt dat de werkgever die het recht heeft bedongen de in de arbeidsovereenkomst opgenomen arbeidsvoorwaarden eenzijdig te mogen wijzigen, bevoegd is die wijziging ook eenzijdig door te voeren. De bevoegdheid wordt voor de werkgever evenwel beperkt tot die gevallen waarbij de werkgever bij 'de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door die wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.'

1.2.2 Wijziging van collectieve arbeidsvoorwaarden op grond van een wijzigingsbeding

Art. 7:613 BW is in 1998 ingevoerd ter vervanging van de wettelijke regeling van het arbeidsreglement. Onmiskenbaar heeft de wetgever bij de totstandkoming van art. 7:613 BW gedacht aan het collectief veranderen van arbeidsvoorwaarden. Dat blijkt uit de parlementaire geschiedenis. De Hoge Raad heeft overwogen dat het bepaalde in art. 7:613 BW 'veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen.'⁷

De wetgever heeft hier (in de woorden van Verburg⁸) een 'balancing act' verricht, omdat hij met het bepaalde in art. 7:613 BW zowel de belangen van de werkgever als de werknemer tracht te dienen. Het artikel laat partijen bij de arbeidsovereenkomst de ruimte

6 *Kamerstukken II*, 23615, nr. 3, p. 21.

7 HR 8 augustus 2008, *JAR* 2008/204, *LJN* BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

8 L.G. Verburg, 'Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid', *ArA* 2011, 1.

een wijzigingsbeding overeen te komen, maar beperkt het gebruik van het beding door de werkgever. In de eerste plaats door een formele eis te stellen aan het wijzigingsbeding, te weten dat deze schriftelijk moet worden overeengekomen. In de literatuur is enige tijd discussie geweest over de vraag of het wijzigingsbeding schriftelijk in de arbeidsovereenkomst moet worden opgenomen.⁹ De Hoge Raad overwoog in het arrest *Monsieurs c.s./Wegener* van 18 maart 2011¹⁰ dat indien het beding betrekking heeft op wijziging van de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in dezelfde regeling als die waarin het beding voorkomt, aan de eis van schriftelijkheid is voldaan. De bevoegdheid een winstdelingsregeling eenzijdig te wijzigen, welke regeling in de arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard, kan dus rechtsgeldig worden opgenomen in die winstdelingsregeling. Deze uitleg past bij de gedachte dat de bepaling ziet op de wijze waarop werkgevers in het algemeen de arbeidsvoorwaarden ordenen en dat het de bedoeling van de wetgever was aan te sluiten bij de praktijk.¹¹ Die bedoeling is doorkruist door de toelichting op het amendement¹² waarmee het schriftelijkheidsvereiste is ingevoerd. In die toelichting is opgenomen dat het beding in de arbeidsovereenkomst moet zijn opgenomen. Die toelichting legde ten opzichte van de wettekst (naar mijn mening terecht) onvoldoende gewicht in de schaal. Het schriftelijkheidsvereiste is opgenomen om er zeker van te zijn dat het beding de werknemer duidelijk en kenbaar is en dat is het evenzeer als het in de regeling waarop het beding betrekking heeft, is opgenomen.¹³ Aan het schriftelijkheidsvereiste is niet voldaan indien niet duidelijk is op welke regelingen het eenzijdig wijzigingsbeding betrekking heeft.¹⁴

Naast het vereiste dat het beding schriftelijk moet worden overeengekomen geldt dus dat de werkgever zich alleen van het beding kan bedienen als zijn belangen bij de wijziging zwaarder wegen dan die van de werknemer bij behoud van de overeengekomen arbeidsvoorwaarde die de werkgever wil wijzigen. Indien sprake is van een collectieve wijziging van de arbeidsvoorwaarden is daarbij de instemming van de ondernemingsraad van groot belang. Voorzien was aanvankelijk in een tweede lid van art. 7:613 BW, waarin zou worden bepaald dat indien de ondernemingsraad instemde met de wijziging van de collectief geldende arbeidvoorwaarde, vermoed diende te worden dat van een zwaarwegend belang aan de zijde van de werkgever sprake was. Hoewel dit tweede lid van art. 7:613 BW in de parlementaire behandeling is gesneuveld, lijkt de daarin verwoorde regel in de rechtspraak soms wel gevolgd te worden.¹⁵ Als de werkgever een collectieve regeling wil wijzigen met een beroep op een daarin opgenomen wijzigingsbeding en hij de instemming van de ondernemingsraad heeft, geldt dat een zwaarwichtig belang aan zijn zijde eerder zal worden aangenomen. Bouwens en Duk gaan verder en stellen dat in dat geval in beginsel mag worden aangenomen dat aan het criterium van art. 7:613 BW is voldaan.¹⁶

9 Zie voor een bevestigend antwoord J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 49 en J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

10 HR 18 maart 2011, *JAR* 2011/108, *LJN* BO9570.

11 *Kamerstukken II*, 23 615, nr. 3, p. 21.

12 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 15.

13 Over het schriftelijkheidsvereiste R.M. Beltzer, 'De kenbaarheid van het eenzijdigewijzigingsbeding', *TRA* 2011/89.

14 Rb. Amsterdam 23 februari 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:899 (V&D)*.

15 Voorzichtig in deze zin A.B. van Els & K. Deelen, 'De invloed van de OR en wijziging van arbeidsvoorwaarden ex. art. 7:613 BW', *TRA* 2013/78.

16 W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 43.

Of dat geheel juist is, is de vraag, want ook als de ondernemingsraad heeft ingestemd, wil dat niet zeggen dat de rechter vervolgens geen belangen zal wegen en evenmin dat die belangenafweging ondanks de instemming van de ondernemingsraad niet in het voordeel van de werknemer uitvalt.

De rechtspraak ter zake van de collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden met gebruikmaking van een wijzigingsbeding is tamelijk casuïstisch, zodat het moeilijk is algemene uitgangspunten te formuleren. Het lijkt erop dat de belangenafweging bij de beoordeling van een eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde die een zekere financiële waarde vertegenwoordigt en dus dicht tegen een primaire arbeidsvoorwaarde aanhangt, zoals een hypotheekkorting¹⁷, een bonusregeling,¹⁸ of een bijdrage aan de ziektekostenregeling voor gepensioneerden¹⁹ eerder ten gunste van de werknemer uitvalt, ook als de ondernemingsraad met die wijziging heeft ingestemd. Dat geldt ook voor wijzigingen met betrekking tot arbeidsduur en functie.²⁰ Maar een regeling voor vergoeding van telefoonkosten kon wel worden afgebouwd²¹ en een andere werkgever werd het toegestaan niet langer een kerstgratificatie te betalen (waarvan het de vraag is of dat een aan de werknemers toekomende arbeidsvoorwaarde is) in overleg met de ondernemingsraad.²²

Uit de formulering van art. 7:613 BW volgt deze onzekerheid al wel, omdat de belangenafweging niet vereist dat de werkgever op zich een zwaarwichtig belang heeft bij de wijziging, maar vereist dat het belang van de werkgever bij de wijziging zodanig zwaarwichtig is dat het belang van de werknemer bij behoud van de arbeidsvoorwaarde, daarvoor naar maatstaven naar redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het belang van de werkgever moet dus in verhouding tot het belang van de werknemer zwaarwichtig zijn, zodat het begrip zwaarwichtig relatief is.²³

1.2.3 Wijzigen van individuele arbeidsvoorwaarden op grond van het wijzigingsbeding

Anders dan wel wordt gedacht²⁴ geldt mijn inziens niet dat de werkgever alleen een beroep kan doen op het wijzigingsbeding als hij de arbeidsvoorwaarden voor een collectief van werknemers wil wijzigen. Ook in het geval de werkgever de arbeidsvoorwaarde voor één werknemer wil wijzigen kan dat met een beroep op een wijzigingsbeding, waarop dan art. 7:613 BW evenzeer van toepassing is. Verburg²⁵ betoogt dat het wijzigingsbeding dat door de werkgever wordt benut om een voor een groep werknemers geldende arbeidsvoorwaarde te wijzigen anders werkt dan indien de werkgever dat beding benut om de met

17 Zie Rb. Midden Nederland 26 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:290 (ASR).

18 Rb. Den Haag 24 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16073 (TNO).

19 Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7614 (Mebin).

20 In deze zin W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 41.

21 Anders: Rb. 23 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP7701 (FNV Bondgenoten), voor wat betreft het afschaffen van een telefoonkostenregeling van de werknemers.

22 Rb. Dordrecht 19 augustus 2010, JAR 2011/45.

23 In deze zin W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 42.

24 Zie in deze zin, met de nodige voorzichtigheid R.M. Beltzer, 'De kenbaarheid van het eenzijdige wijzigingsbeding', *TRA* 2011/89 en minder voorzichtig Rb. Rotterdam, 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6319.

25 L.G. Verburg, 'Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid', *ArA* 2011, 1.

één werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Naar zijn mening kan de werkgever op grond van een wijzigingsbeding een wijziging van een arbeidsvoorwaarde die een voor een groep werknemers geldt, en dan te meer voor een groep waarmee het overleg complex is, bijvoorbeeld omdat binnen de groep vaak tegengestelde belangen vertegenwoordigd zullen zijn, eenzijdig en zonder overleg invoeren. In het geval de werkgever in een individueel geval een wijziging wil doorvoeren zal de werkgever verplicht zijn met de werknemer ter zake te overleggen, zij het dat hij in het geval een wijzigingsbeding is gesloten uiteindelijk –na dat overleg en na zorgvuldige weging van belangen- de wijziging kan doorvoeren omdat de werknemer daarmee wordt geacht vooraf te hebben ingestemd. Door die mogelijkheid van eenzijdige invoering onderscheidt in het individuele geval de wijziging die de werkgever die een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, zich van de wijziging van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden die de werkgever zonder een dergelijk beding wenst door te voeren.

Ook indien de werkgever zich jegens een individuele werknemer beroept op een wijzigingsbeding vindt een belangenafweging plaats. Bij die belangenafweging geldt dat indien de te wijzigen arbeidsvoorwaarde financieel te waarden is en verwant is of lijkt aan een primaire arbeidsvoorwaarde, de wijziging ervan minder snel zodanig zwaarwichtig voor de werkgever wordt geacht dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken. Uit de rechtspraak blijkt dat de werkgever in ieder geval een voldoende concreet belang dient te stellen en zich niet kan beroepen op wijzigingen die voortvloeien uit algemene overwegingen.²⁶

Net als bij de collectieve wijziging zijn ook in de rechtspraak over het gebruik van een eenzijdig wijzigingsbeding jegens een individuele werknemer moeilijk duidelijke lijnen te ontdekken. Wel kan worden gezegd dat het belang van de werknemer bij de te verrichten werkzaamheden en het behoud van het financiële arbeidsvoorwaarden zwaar weegt. Dat bleek bijvoorbeeld bij de wijziging van een overeengekomen ontslagvergoeding, die de werkgever ondanks het wijzigingsbeding niet werd toegestaan.²⁷ In het geval van de wijziging van een dertiende maand overwoog het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch dat de werkgever weliswaar een zwaarwichtig belang bij de wijziging had, maar nu die werkgever bij de wijziging niet als goed werkgever handelde, omdat de wijziging zeer laat in het jaar werd doorgevoerd, de wijziging toch niet rechtsgeldig was.²⁸ Of die laatste overweging past in de belangenafweging die art. 7:613 BW voorschrijft, betwijfel ik. Het ligt meer voor de hand de ontijdigheid van de wijziging te betrekken bij de beoordeling van het belang van de werknemers bij handhaving van de arbeidsvoorwaarde, bijvoorbeeld omdat werknemers in de loop van het jaar bij hun uitgaven al rekening hielden met de betaling. Maar in een geval waarin een werknemer ruw met paarden omging, zodanig dat deze onhandelbaar werden en zich uit angst verwonden, kon de werkgever met een beroep op het wijzigingsbeding de werknemer tewerkstellen in een distributiecentrum.²⁹ Ook in

26 Rb. Maastricht 28 maart 2012 ECLI:NL:RBMAA:2012:BW5157, JAR 2012/120, zie ook JAR 2011/300 en JAR 2011/291.

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5452.

28 Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0736.

29 Rb. Zwolle-Lelystad 18 oktober 2011, RAR 2012/12, ECLI:NL:RBZLY:2011:BT8860.

de rechtspraak vindt dus een concrete belangenafweging plaats, waarvan de uitkomst niet altijd gemakkelijk te voorspellen is.

Hoewel de uitkomst van de rechterlijke belangenafweging in geval de werkgever met een beroep op een wijzigingsbeding een arbeidsvoorwaarde eenzijdig wijzigt, niet altijd eenvoudig te voorspellen is, heeft de werkgever wel belang bij het eenzijdig wijzigingsbeding. Bedacht moet worden dat de werkgever in de gevallen die door de rechter worden beoordeeld, de eenzijdige wijziging al heeft doorgevoerd. De werkgever kan dat doen omdat hij dat recht bedongen heeft.

1.2.4 *Wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden zonder een wijzigingsbeding*

Voor het wijzigen van in de arbeidsovereenkomst afgesproken arbeidsvoorwaarden in het geval de werkgever geen beroep kan doen op een wijzigingsbeding, geldt dat hij een wijziging zal moeten proberen door te voeren met inachtneming van de privaatrechtelijke regels. Dat betekent dat het uitgangspunt is dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden gewijzigd, als de werknemer daarmee instemt. Of van de werknemer kan worden verlangd dat hij instemt, wordt vastgesteld aan de hand van het bepaalde in art. 7:611 BW.

Over de wijziging van de arbeidsovereenkomst onder verwijzing naar het goed werknemerschap is veel te doen geweest, omdat niet duidelijk is wat de grondslag van die wijziging dan precies is. Nu de werknemer niet bij voorbaat heeft ingestemd met een wijziging, dient hij dat alsnog te doen alvorens de overeenkomst gewijzigd kan zijn. De discussie over de grondslag van de wijziging nam niet af nadat de Hoge Raad in 1998 het bekende *Taxi Hofman*-arrest wees,³⁰ waarin de Raad overwoog *'dat de werknemer op redelijke wijzigingsvoorstellen 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 redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd.'* Kort samengevat leidde deze overweging tot twee vragen, te weten (i) wanneer dan van de werknemer precies kan worden gevergd positief op een wijzigingsvoorstel in te gaan, (ii) of 'positief ingaan' dan betekent dat de werknemer moet instemmen om zodoende de wijziging tot stand te brengen. Na uitvoerige discussie in de literatuur heeft de Hoge Raad in 2008³¹ overwogen welke elementen van belang zijn bij een door de werkgever gewenste verandering van de arbeidsvoorwaarden.

Met betrekking tot de eerste vraag heeft de Hoge Raad in het *Stoof/Mammoet*-arrest een handzame 'drietrapraket' voorgesteld. In de woorden van de Hoge Raad: *'Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. 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*

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

31 HR 11 juni 2008, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

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. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevegd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.'

Voor toepassing van de drietrapsraket (is er een wijziging van omstandigheden waarin de werkgever aanleiding heeft kunnen vinden een wijziging voor te stellen, is dat door hem gedane voorstel redelijk en kan de aanvaarding van dat voorstel van de werknemer gevegd worden) dient de werkgever aan de werknemer een voorstel doen. Indien de werkgever dat niet doet, komt de werknemer niet toe aan de vraag of hij daarop positief behoort in te gaan. Op dit formele vereiste liep de wijziging van het salaris die V&D in 2015 voor het personeel invoerde, stuk³² Daarbij geldt dat de werkgever voldoende informatie over de voorgestelde wijziging dient te verstrekken. Te denken is daarbij aan informatie over de gevolgen van de wijzigingen, bijvoorbeeld voor de pensioenopbouw van de werknemer.³³ Als het voorstel is gedaan, dient te worden beoordeeld of dat voorstel redelijk is in het licht van de veranderde omstandigheden. Daarbij dient de werkgever aannemelijk maken dat is sprake is van gewijzigde omstandigheden. Soms lukt dat de werkgever niet.³⁴ Als dat lukt, is de volgende stap dat de werkgever dan als goed werkgever in die veranderingen terecht aanleiding heeft kunnen vinden dit voorstel tot wijziging te doen.

Die redelijkheid dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Dan gaat het onder meer om de vraag welke elementen van de arbeidsovereenkomst door de voorgestelde wijziging worden geraakt. Ook hier geldt weer dat wijziging van essentiële voorwaarden minder makkelijk redelijk zal worden gevonden dan wanneer de wijziging betrekking heeft op tertiaire arbeidsvoorwaarden.³⁵ Van belang is ook in wiens risicosfeer de gewijzigde omstandigheden liggen. Als die meer in de sfeer van de werknemer liggen, zoals het geval kan zijn bij disfunctioneren, zal het voorstel tot wijziging eerder redelijk gevonden worden. Zo kan een garagebedrijf in de slechte economische omstandigheden als goed werkgever geen reden vinden de functie van de werknemer die als receptionist werkt te wijzigen in chauffeur met een aanzienlijk lager salaris,³⁶ maar kan een betonbedrijf wel in het onvoldoende functioneren van de bedrijfsleider aanleiding vinden diens functie te wijzigen in vertegenwoordiger onder aanpassing van het salaris.³⁷ Het gaat hier om een volle belangenafweging waarbij de Hoge Raad 'het belang van de

32 Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899 (V&D). Zie ook al eerder bijv. Ktr. Hilversum 16 oktober 2002, JAR 2002/282. Zie ook de opsomming van D.J.B. de Wolff, 'Drie jaar wijziging van individuele arbeidsvoorwaarden', TRA 2011/78.

33 Bijv. Rb. Utrecht 17 november 1999, JAR 2000/39.

34 Ktr. Brielle 11 oktober 2010, L/JN BO1750; Ktr. Sittard-Geleen 3 maart 2010, JAR 2010/137.

35 Zie ook voor een overzicht I. van Puyvelde, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, academisch proefschrift Universiteit Antwerpen 2014, p. 291.

36 Rb. Rotterdam 5 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3952.

37 Hof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:773.

werkgever en de door hem gedreven onderneming' zet tegenover 'de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden'.³⁸

Als de werkgever, mede gelet op de veranderde omstandigheden, aan de werknemer een redelijk voorstel doet dat tot wijziging leidt van een in zijn arbeidsovereenkomst opgenomen arbeidsvoorwaarde, dient de werknemer daarop volgens het *Taxi Hofman*-arrest positief in te gaan. In de inleiding van deze paragraaf is dit punt al aangesneden als tweede vraag: de vraag wat de verplichting om 'positief ingaan op' precies betekent. In ieder geval staat wel vast dat deze verplichting niet betekent dat de werknemer moet worden geacht te hebben ingestemd met dat voorstel. Zonder instemming van de werknemer verandert de overeenkomst niet. Ook dit heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk in het arrest *Stoof/Mammoet* overwogen: '*Dergelijke gevallen (waarin een wijzigingsbeding is gesloten, EV) verschillen van het onderhavige geval doordat de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. In een geval van gewijzigde omstandigheden op het werk wordt aan de (individuele) werknemer voldoende rechtsbescherming geboden door toepassing van de hiervoor in 3.3.2 genoemde maatstaven.*' Deze maatstaven zijn kort gezegd de drie trappen van de raket, zoals hiervoor beschreven.

Positief ingaan op een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden kan ook zijn dat de werknemer een redelijk tegenvoorstel doet. In de gepubliceerde rechtspraak heb ik daarvan geen voorbeeld gevonden, terwijl het toch voor de hand lijkt te liggen.³⁹ Als de werkgever vanwege wijzigingen op het werk een redelijk voorstel doet, kan de werknemer (al dan niet onder erkenning van de gewijzigde omstandigheden) een tegenvoorstel doen. Indien de werkgever bijvoorbeeld wegens nijpende financiële problemen voorstelt een bonus geheel te laten vervallen, gaat de werknemer op dat voorstel positief in door voor te stellen de bonus over een jaar niet te betalen, waarbij afgesproken wordt dat als de werkgever weer in betere doen komt, hij alsnog tot betaling overgaat. Gelet op de te verwachten tijdelijkheid van de financiële problemen lijkt het tegenvoorstel op voorhand redelijk, zodat de vraag is of de werkgever dat niet dient te aanvaarden. Dit voorbeeld maakt duidelijk dat overleg over de voorgestelde wijziging cruciaal is.⁴⁰

1.2.5 Feitelijke vaststelling van de wijziging

De vaststelling dat de werkgever een met het oog op de veranderde omstandigheden redelijk voorstel heeft gedaan, waarvan van de werknemer kan worden gevergd dat hij daarop positief reageert, leidt in de rechtspraak soms tot de vaststelling dat de arbeidsovereenkomst overeenkomstig de wens van de werkgever is gewijzigd. Dat de werkgever

38 HR 11 juni 2008, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

39 Zie mijn noot onder HR 24 december 2010, NJ 2012/494.

40 Reden waarom I. van Puyvelde, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, academisch proefschrift Universiteit Antwerpen 2014, p. 60 e.v. het Nederlandse systeem toejuicht.