



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: HR 2008-07-11

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2011). Annotation: HR 2008-07-11. *Nederlandse Jurisprudentie*, 19/20, 1895-1923. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/17869>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/17869>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NJ 2011/185

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

11 juli 2008, nr. C07/018HR

(Mrs. D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann, J.C. van Oven, W.D.H. Asser; A-G Keus)
m.nt. G.J.J. Heerma van Voss

BW art. 7:613; BW art. 7:611; BW art. 6:248

RAR 2008, 128

Prg. 2008, 148

JAR 2008, 204

JOL 2008, 594

RvdW 2008, 725

NJB 2008, 1577

LJN BD1847

Arbeidsovereenkomst; verplichting werknemer tot aanvaarding voorstel werkgever tot wijziging arbeidsvoorwaarden (wijziging functie); maatstaf: art. 7:611 of art. 6:248 lid 2 BW?; redelijkheid voorstel werkgever; alle omstandigheden van geval; art. 7:613 BW.

Er is geen grond om – in afwijking van de in HR 26 juni 1998, NJ 1998/767 aanvaarde, aan art. 7:611 ontleende maatstaf – aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient 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 welk kader alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. Bij het hanteren van de hiervoor bedoelde maatstaf is uitgangspunt dat geen sprake is van een schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Indien daarvan wel sprake is, bepaalt art. 7:613 BW dat de werkgever op dat beding slechts een beroep kan doen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

De werkgever heeft de werknemer een functiewijziging aangeboden. De voorgestelde wijziging hing samen met een overname van de onderneming van de werkgever en de daarop volgende integratie van de onder-

nemingen. De werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat hij niet verplicht is in een andere dan de bedongen functie te werken en is niet op het werk verschenen. De werkgever heeft daarop de loonbetaling gestaakt, waarna de werknemer een vordering tot doorbetaling van het loon heeft ingesteld. Rechtbank en hof hebben de loonvordering afgewezen. Het hof kwam tot de slotsom dat de werknemer ten onrechte afwijzend heeft gereageerd op de voorstellen van de werkgever tot wijziging van zijn functie. De werknemer betoogt dat de door het hof vooropgestelde en aan het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998, NJ 1998/767 ontleende norm moet worden begrepen als een uitwerking van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), kortom als een (strengere) marginale toets. Het hof heeft volgens de klacht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door uit te gaan van een 'volle redelijkheidstoets' inhoudende of aanvaarding van de wijziging door de werknemer ingevolge art. 7:611 BW redelijkerwijs niet van hem kon worden gevergd.

De klacht is tevergeefs voorgesteld, omdat dit betoog niet als juist kan worden aanvaard. Er is geen grond in afwijking van de in het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998, NJ 1998/767 aanvaarde, aan art. 7:611 BW ontleende maatstaf aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij verdient 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. 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 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 gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoor-

waarden voldoende gewaarborgd. Bij het hanteren van de hiervoor bedoelde maatstaf is uitgangspunt dat geen sprake is van een schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Indien daarvan wel sprake is, bepaalt art. 7:613 BW dat de werkgever op dat beding slechts een beroep kan doen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet worden aangenomen dat deze bepaling 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. Dergelijke gevallen 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 art. 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 genoemde maatstaven.

P.M. Stoof, te Breda, eiser tot cassatie, adv. mrs. R.A.A. Duk en S.F. Sagel
tegen

Mammoet Transport B.V., te Amsterdam, verweerder in cassatie, adv. mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

Hof:

4. Beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak, samengevat, om het volgende.

4.1.1. In 1996 heeft Stoof tezamen met Mammoet Decalift International B.V., een dochtervennootschap van Mammoet, (hierna: 'Mammoet Decalift') de besloten vennootschap Stotra B.V. (hierna: 'Stotra') opgericht. Stoof werd enig statutair directeur van Stotra en hield via de door hem beheerste vennootschap Drie-S Invest B.V. 50% van de aandelen in Stotra. Mammoet Decalift werd eigenaar van de overige 50% van de aandelen-Stotra. Zowel Mammoet Decalift als Mammoet behoorden destijds tot het Nedlloyd-concern.

4.1.2. Op 14 april 1998 is tussen Stoof en Drie-S Invest B.V. enerzijds en Mammoet Decalift anderzijds een overeenkomst tot stand gekomen waarbij Mammoet Decalift van Drie-S Invest B.V. al haar

aandelen Stotra heeft gekocht, zulks tegen een maximale koopprijs van NLG 8.800.000,-; NLG 2,8 miljoen werd betaald per datum van levering van de aandelen, twee keer NLG 1,0 miljoen werd afhankelijk gesteld van de verkoop van een tweede respectievelijk een derde door Stoof ontwikkelde hijsinrichting (de zogenoemde MSG, waarvoor wereldwijd diverse octrooien waren aangevraagd) en NLG 4,0 miljoen zou worden betaald in tien jaarlijkse termijnen van NLG 400.000. Door Mammoet is bij het sluiten van deze overeenkomst (hierna: 'de koopovereenkomst') bedongen dat Stoof voor een periode van nog tien jaar als werknemer bij Mammoet in dienst zou treden onder de titel van 'technisch directeur' en dat Stoof zou aftreden als statutair directeur van Stotra. De indiensttreding van Stoof bij Mammoet is vastgelegd in een arbeidsovereenkomst tussen Mammoet en Stoof op 4 mei 1998. De arbeidsovereenkomst bepaalt onder meer dat Stoof als technisch directeur zou worden gedetacheerd bij Mammoet Decalift. De bij de arbeidsovereenkomst als bijlage gevoegde 'Job Description' bepaalt verder, onder meer, dat Stoof in zijn hoedanigheid van technisch directeur van Mammoet Decalift tevens 'Director' zou worden van 'Mammoet Engineering & Innovation Competence Centre ('MEI') gevestigd te Etten-Leur.

4.1.3. In 2000 heeft Nedlloyd het voornemen geuit al haar aandelen in Mammoet te verkopen. Als gegadigde voor de aandelen diende zich Van Seumeren B.V. (hierna: 'Van Seumeren') aan.

4.1.4. Stoof heeft gepoogd de overdracht van aandelen door Nedlloyd aan Van Seumeren te voorkomen: in een kort geding tegen Nedlloyd en Mammoet Decalift heeft hij gevorderd hun te verbieden over te gaan tot levering van de aandelen Mammoet Decalift aan derden. Volgens Stoof had dit kort geding mede tot doel Nedlloyd te bewegen hem de schade te vergoeden die hij zou lijden omdat van Van Seumeren niet bereid was te investeren in een derde MSG (hetgeen tot een feitelijke verlaging van de koopprijs voor de aandelen Stotra zou leiden van NLG 1,0 miljoen). Bij vonnis van 11 juli 2000 heeft de President van de rechtbank Rotterdam de vordering van Stoof afgewezen.

4.1.5. Medio juli 2000 is de overdracht van de aandelen Mammoet door Nedlloyd aan van Van Seumeren gerealiseerd. Daarmee verkreeg Van Seumeren de volledige zeggenschap over Mammoet.

4.1.6. Niet later dan in het weekend van 19 op 20 augustus 2000 is aan Stoof meegedeeld dat hem een andere functie in de nieuwe 'Mammoet Van Seumeren'-organisatie was toegedacht, te weten die van adviseur van directeur/tweede man onder R.J.R. (Roderik) van Seumeren, de jongste broer van de president-directeur van het Van Seumeren-concern F. van Seumeren en beoogd Vice President van Mammoet Global B.V., de vennootschap waarin (een deel van de) activiteiten van Mammoet Decalift respectievelijk MEI (meer in het bijzonder de exploitatie van zeer zware hijsinrichtingen) zouden worden ondergebracht.

4.1.7. In de maanden september en oktober 2000 is tussen partijen een briefwisseling gevoerd, die uiteindelijk heeft geresulteerd in onder meer de mededeling van de raadsman van Stoof dat Stoof met ingang van 16 oktober 2000 voorlopig gebruik wenste te maken van zijn opschortingsrecht ten aanzien van zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, evenwel onder bereidverklaring om de overeengekomen functie van Technical Director uit te oefenen. Met ingang van 10 oktober 2000 is Stoof echter ziek geworden en arbeidsongeschikt geraakt.

4.1.8. De arbeidsongeschiktheid van Stoof heeft geduurd tot 29 augustus 2001. Bij brief van die datum heeft zijn raadsman Stoof bij Mammoet weer hersteld verklaard. Hierop is door Mammoet aan Stoof te kennen gegeven dat hij zich maandag 3 september 2001 op het hoofdkantoor diende te melden voor werkhervatting. De raadsman van Stoof heeft vervolgens aan Mammoet meegedeeld dat en waarom deze oproep tot werkhervatting niet serieus genomen kon worden. Namens Mammoet is daarna aan Stoof meegedeeld dat met ingang van 1 september 2001 de loonbetaling aan Stoof zou worden gestaakt, hetgeen Mammoet ook heeft gedaan.

4.2. In deze procedure heeft Stoof, kort gezegd, gevorderd Mammoet te veroordelen tot (door)betaling van het met hem overeengekomen loon met ingang van 1 september 2001 totdat het dienstverband rechtsgeldig zal zijn geëindigd, en voorts tot uitbetaling van een 'performance bonus 2000' van NLG 45.236,- en een zogenoemde 'SIP bonus' van NLG 92.150,-.

4.3. De kantonrechter heeft in zijn tussenvonnis van 27 juni 2003 overwogen dat de loonvordering van Stoof niet kon worden toegewezen. Bij tussenvonnis van 28 november 2003 heeft de kantonrechter, op verzoek van Stoof, de loonvordering bij dictum afgewezen. Hierna heeft de kantonrechter bij eindvonnis van 6 februari 2004 de vordering van Stoof tot uitbetaling van de 'performance bonus' besproken en gedeeltelijk toegewezen maar de vordering tot betaling van de genoemde 'SIP bonus' geheel aan Stoof ontzegd.

4.4. Het door Mammoet in haar memorie van antwoord gedane beroep op niet-ontvankelijkheid van Stoof in zijn hoger beroep tegen het tussenvonnis van 27 juni 2003 heeft Mammoet bij gelegenheid van het pleidooi ingetrokken, zodat op dat verweer niet meer behoeft te worden ingegaan.

4.5. In grief I klaagt Stoof over de afwijzing door de kantonrechter van zijn loonvordering. Stoof stelt dat de vordering tot betaling van loon en emolumenten na 1 september 2001 had behoren te worden toegewezen op de grond – kort samengevat – dat Stoof ook na 1 september 2001 aanspraak op loon heeft, omdat Mammoet hem uit zijn functie van Technical Director heeft ontheven, terwijl, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, niet gezegd kan worden dat aan Stoof vervolgens een redelijk voorstel tot wijziging van zijn functie is gedaan dat hij, handelend als goed werknemer, redelijkerwijs had behoren te aanvaarden.

4.6. De kantonrechter heeft – in zijn vonnis van 27 juni 2003 – bij de beoordeling van de loonvordering van Stoof voorop gesteld, dat in het algemeen geldt dat de tussen werkgever en werknemer bestaande verplichting om zich over en weer te gedragen als goed werkgever respectievelijk goed werknemer met zich meebrengt, wat de werknemer betreft, 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 redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd en dat dit niet anders is indien de gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer liggen van de werkgever. Dit algemeen uitgangspunt is in meerdere uitspraken van de Hoge Raad herhaald en, ook het hof is van oordeel dat Mammoets voorstel tot wijziging van de functie van Stoof aan de algemene regel van dit uitgangspunt behoort te worden getoetst.

4.7. Allereerst dient daarom te worden nagegaan of sprake is geweest van gewijzigde omstandigheden op het werk. Dat daarvan sprake was, is tussen partijen niet in geschil.

4.8. Die gewijzigde omstandigheden hebben daarin bestaan, dat Mammoet medio 2000 door Van Seumeren is overgenomen en besloten is om de beide ondernemingen te integreren. In concreto hield dit laatste voor Stoof in, dat het bedrijfs onderdeel waaraan hij leiding gaf, MEI te Etten-Leur, grotendeels, namelijk voor zover het de activiteiten betreffende de exploitatie van zware hijsinrichtingen betrof, zou opgaan in het grotere Mammoet Global B.V. te Schiedam, waarin eveneens onderdelen van de onderneming van Van Seumeren zouden worden ondergebracht, terwijl een ander onderdeel van MEI, de activiteiten betreffende de ontwikkeling van nieuwe hijsinrichtingen, zou worden ondergebracht in de nieuwe afdeling Product Development. Noch de beslissing van de directie van Mammoet/Van Seumeren om MEI op te laten gaan in een groter geheel, Mammoet Global, noch de beslissing om de vestiging van MEI in Etten-Leur op te heffen, kunnen – zonder nadere toelichting, die ontbreekt – als onredelijk worden gekwalificeerd. Beide beslissingen leidden ertoe dat Stoof geen directe leiding meer zou kunnen geven aan MEI (met ongeveer 25 man personeel) en dat Stoof zijn 'managing' 'taken dus in zoverre niet zou kunnen voortzetten en voor hem, derhalve, een andere functie moest worden gezocht.

4.9. Ter beoordeling staat – vervolgens –, of het voorstel van Mammoet/Van Seumeren, om Stoof de functie toe te kennen van adviseur/tweede man onder Vice President Roderik van Seumeren, de toets van de redelijkheid doorstaat. Tussen partijen staat niet ter discussie, dat die toets in twee onderdelen uiteenvalt, te weten, enerzijds, of het voorstel tot functieverandering op een open en constructieve wijze door de werkgever is gedaan en met de werknemer is besproken en, anderzijds, of het voorstel van de werkgever ook inhoudelijk redelijk is.

4.10. Ten aanzien van het eerste aspect, of voldaan is aan de formele zorgvuldigheidsvereisten, overweegt het hof als volgt.

4.11. De eerste maal is met Stoof over de wijziging in zijn functie gesproken tijdens het weekend waarin het 'key-management' van het nieuwe Mammoet bijeenkwam op 19/20 augustus 2000. Stoof stelt niet dat deze wijze van presenteren niet door de beugel kan. Bij brief van 29 september 2000 (geciteerd door de kantonrechter onder 1.12 van het vonnis van 27 juni 2003) heeft Stoof de directie van Mammoet, vervolgens, zakelijk weergegeven, geschreven dat de voorgenomen verhuizing naar Schiedam nogal wat consequenties voor zijn persoonlijke positie had, nu hij had vernomen dat hij zou gaan functioneren als adviseur van R. van Seumeren, terwijl hij een heel andere functie had, en heeft hij aangegeven dat hij, alvorens een besluit over de aanvaarding van zijn functie te kunnen nemen, een nieuwe arbeidsovereenkomst voorgesteld zou willen hebben 'waarbij tevens de afspraken ten aanzien van Drie-S worden herhaald zoals deze reeds schriftelijk zijn overeengekomen'.

4.12. Met deze laatste zinsnede verwijst Stoof naar een enkele maanden daarvoor tussen partijen gevoerde discussie over het openbreken van de regeling inzake de betaling van de koopsom van NLG 8,8 miljoen, zoals opgenomen in de koopovereenkomst van 14 april 1998 betreffende de overname van de aandelen Stotra van Drie-S Invest B.V. door Mammoet (zie 4.1.2. hierboven). Kennelijk vormde de aankondiging in het voorjaar van 2000 van de overname van Mammoet door Van Seumeren voor Stoof de aanleiding om, onder meer, een eerdere uitbetaling (ineens) van de koopsom door Mammoet te bepleiten. Uit een brief van Van Seumeren van 31 mei 2000 blijkt dat deze de wensen van Stoof wel gedeeltelijk heeft willen honoreren, maar dat zij met name niet bereid was zich jegens Stoof te verbinden tot het vervaardigen van een derde MSG (zodat Stoof, althans Drie-S Invest B.V., de aanspraak op een extra uitbetaling onder de koopovereenkomst van NLG 1,0 miljoen zou mislopen). Stoof heeft hierop in een brief van 13 juni 2000 aangegeven slechts onder bepaalde voorwaarden met de inhoud van de brief van Van Seumeren van 31 mei 2000 akkoord te gaan. Die voorwaarden waren dat zou worden afgerekend terzake de derde MSG en dat Nedlloyd zekerheid zou stellen voor de verdere nakoming van de verplichtingen. Vervolgens heeft Stoof het kort geding tegen Nedlloyd en Mammoet Decalift gevoerd en daarna is Stoof op zijn brief van 13 juni 2000 teruggekomen, in die zin dat hij zijn voorwaarden liet vallen en aangaf dat de zaak geregeld zou kunnen worden volgens de brief van Van Seumeren van 31 mei 2000. Niet blijkt dat Van Seumeren op deze laatste brief van Stoof vervolgens nog heeft gereageerd.

4.13. Namens Van Seumeren heeft president-directeur F. van Seumeren in een brief van 5 oktober 2000 op de brief van 29 september 2000 (zie 4.13) van Stoof gereageerd. Onder meer heeft hij geschre-

ven dat Stoof met zijn brief in de loopgravenoorlog verviel die hij in het verleden ook al met Mammoet had gevoerd, om vervolgens te schrijven:

'Voor alle duidelijkheid: in de periode dat wij in onderhandeling waren over de aankoop van Mammoet heb ik je geschreven dat ik bereid ben de afspraken op het punt van de betaling in termijnen van de koopsom te herzien. Je hebt dat niet aanvaard en inmiddels zijn we een door jou verloren kort geding tegen Nedlloyd en Mammoet verder.

Als je je alsnog con amore voor de nieuwe organisatie wilt inzetten, ben ik nog steeds bereid tot enigerlei vorm van aanpassing van de afspraken en je arbeidsovereenkomst.'

4.14. De stelling van Stoof (mvg onder 39) dat hij met de brief van Van Seumeren van 5 oktober 2000 direct onder zware druk is gezet en dat Van Seumeren, door te reageren als in die brief aangegeven, er blijk van heeft gegeven niet bereid te zijn tot open overleg, waarin ook Stoof alternatieven mocht aandragen en voor zijn gerechtvaardigde belangen kon opkomen, wordt verworpen. De kernvraag die Van Seumeren Stoof in de brief van 5 oktober 2000, maar ook in latere brieven telkens voorhoudt is, of Stoof bereid was zich in te zetten voor de nieuwe Mammoet-Van Seumeren organisatie, ook wel aangeduid als het willen innemen van een 'positieve grondhouding'. Gezien de in het verleden met Stoof gevoerde discussie over de aanpassing van de koopovereenkomst van 14 april 1998 en het door Stoof tegen Nedlloyd en Mammoet gevoerde kort geding is de wens om allereerst die vraag door Stoof beantwoord te willen hebben niet onbegrijpelijk en niet onredelijk. Uit de door Van Seumeren geschreven brieven kan overigens ook niet worden afgeleid dat Van Seumeren niet open zou staan voor overleg over de (nieuwe) functie van Stoof binnen het nieuwe Mammoet. Het tegendeel is het geval zoals onder meer blijkt uit de brief van F. van Seumeren van 1 november 2000, waarin deze met zoveel woorden stelt dat vanuit de door hem gevraagde 'positieve grondhouding' 'onderwerpen als tituluur, job description, procuratie en wat partijen nog meer over en weer van elkaar mogen verwachten ter uitvoering van de overeenkomsten van 16 (hof: bedoeld zal zijn: 14) april 1998, oplosbaar' zijn.

4.15. De tweede kwestie betreft de vraag of het voorstel van Mammoet/Van Seumeren, om Stoof de functie van adviseur/tweede man onder de Vice President van Mammoet Global te geven, *inhoudelijk* redelijk is.

4.16. Het hof beantwoordt die vraag per saldo eveneens bevestigend.

4.17. Uitgangspunt is dat door de integratie van de diverse onderdelen van de Mammoet- en van Van Seumeren-organisatie grotere eenheden zouden ontstaan. In dit geval is gekozen voor een integratie van onderdelen uit de beide organisaties, waaronder MEI, in Mammoet Global, waarbij de leiding zou worden toegekend aan één persoon, de Vice President. Die keuze is, op zichzelf beschouwd, niet on-

redelijk te achten. Datzelfde geldt voor de keuze om de formele leiding van Mammoet Global in handen te geven van Roderik van Seumeren als Vice President, en niet aan Stoof. Daaraan doen de gestelde relatieve onervarenheid van Roderik van Seumeren, meer in het bijzonder op het terrein van hijsen en transporteren van zware gewichten, en de daartegenover staande zeer ruime ervaring en expertise van Stoof op dat gebied, niet af.

4.18. Stoof stelt in zijn oude functie van technisch directeur van Mammoet 'de algemene functionele eindverantwoordelijkheid' (mvg onder 25) te hebben gedragen voor alle 'Engineering en Innovation' activiteiten van Mammoet, waaronder onder meer het leiding geven aan de vestiging in Etten-Leur viel. Stoof miskent met deze omschrijving van zijn functie dat hij als 'technisch directeur' door Mammoet gedetacheerd was bij Mammoet Decalift en dat hij, blijkens de arbeidsovereenkomst en de daaraan gehechte Job Description, rechtstreeks verantwoording verschuldigd was aan de Algemeen Directeur van Mammoet, tevens 'Managing Director' van Mammoet Decalift, R.H.C. de Ruijter de Wildt. Daarbij moet voorts worden opgemerkt dat Stoof niet heeft weersproken dat hij als technisch directeur géén statutair bestuurder was, noch van Mammoet Decalift noch van MEI. Wel is in de Job Description onder meer bepaald dat Stoof als technisch directeur 'line-responsible' is voor alle activiteiten van MEI en een aantal 'functionele' verantwoordelijkheden heeft, maar uit geen van de omschrijvingen in de Job Description kan worden afgeleid dat Stoof eindverantwoordelijkheid zou hebben, zoals hij wel telkens aanvoert.

4.19. Het verschil tussen zijn functie van technisch directeur en de functie van adviseur/tweede man onder Roderik van Seumeren als Vice President zou volgens Stoof voorts met name daarin gelegen zijn dat hij als 'adviseur/tweede man' geen eigen 'beslisbevoegdheid' (mvg nr. 25, 41) zou hebben. Met de hiervoor vermelde kanttekening dat die beslisbevoegdheid uitsluitend zou kunnen worden uitgeoefend binnen de daarvoor door de Managing Director van Mammoet Decalift gestelde grenzen, staat daar ook tegenover, dat Stoof binnen Mammoet Global als 'Adviser to the VP' de één na hoogste functie zou bekleden, waarbij 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 dan MEI was en Stoof als 'Adviser to the VP' bovendien tevens, volgens reeds de Job Description, een 'member of the Mammoet Global Management Board' zou worden, dus bestuursverantwoordelijkheid binnen Mammoet Global zou dragen.

4.20. Met het bovenstaande is de stelling van Stoof, dat hij in zijn nieuwe functie gedegradeerd zou worden, kennelijk zelfs tot 'onderknuppel van een familielid van de nieuwe eigenaar' (mvg 25) niet te rijmen. Dit levert te zeer een vertekening op van de werkelijkheid.

4.21. Het hof neemt tot slot in aanmerking, dat Van Seumeren, zoals aangegeven in haar brief van 1 november 2000, bereid was tot zodanig overleg over zaken als titulatuur en procuratie dat op deze punten een ook voor Stoof aanvaardbaar resultaat kon worden bereikt, alsmede dat Stoof qua salariëring van een functiewijziging geen nadelig effect zou onderkennen.

4.22. Het geheel van de vorenstaande omstandigheden brengt het hof tot het oordeel dat Mammoet/Van Seumeren aan Stoof een, onder omstandigheden, redelijk en aanvaardbaar voorstel voor een andere functie heeft gedaan.

4.23. De tussen partijen gevoerde correspondentie kan tot geen andere conclusie voeren, dan dat Stoof de functie zoals Mammoet/Van Seumeren die voor hem had toebedacht niet heeft willen aanvaarden. Dit blijkt zowel uit de correspondentie die is gevoerd tot en kort na de arbeidsongeschiktheid van Stoof in oktober 2000, als uit de briefwisseling die is gevoerd naar aanleiding van zijn hersteldverklaring eind augustus 2001.

4.24. De vraag die, daarom, tenslotte nog dient te worden beantwoord is, of aanvaarding door Stoof van de hem voorgestelde nieuwe functie redelijkerwijs niet van hem gevergd kon worden.

4.25. Op dat punt heeft Stoof, naast de omstandigheden die hierboven al zijn besproken, nog naar voren gebracht dat hem in brieven van eerst Nedlloyd en later Mammoet is toegezegd/verzekerd dat de overname door Van Seumeren van Mammoet geen effect zou hebben op zijn rechtspositie. Tevens brengt Stoof naar voren dat in de arbeidsovereenkomst respectievelijk de daarvan onderdeel uitmakende functieomschrijving ('Job Description') gestipuleerd is dat alle 'major changes' in de functieomschrijving moeten worden besproken en overeengekomen in de 'Directors Meeting', waarvan Stoof als technisch directeur zelf deel uitmaakte, en dat alle overeengekomen aanpassingen op schrift moeten worden gesteld. Volgens Stoof biedt deze regeling hem bescherming tegen door hem niet gewenste eenzijdige wijzigingen van zijn functie-inhoud.

4.26. De mededeling van Nedlloyd in haar brief van 18 mei 2000, dat 'de contractuele positie (...) in geen enkel opzicht' zou worden aangetast, betekent niet dat Van Seumeren als nieuwe aandeelhouder van Mammoet niet kon besluiten tot een reorganisatie, zoals zij heeft gedaan. De brief lijkt bovendien te zijn geschreven als een reactie op een verzoek van Stoof zelf tot openbreking van die 'contractuele positie' in verband met de voorgenomen verkoop van de aandelen Mammoet aan Van Seumeren. Aan de mededeling van Mammoet in haar brief van 23 mei 2000 dat de overdracht van de aandelen geen 'directe' gevolgen zou hebben voor de arbeidsvoorwaarden kan Stoof evenmin het gerechtvaardigd vertrouwen ontlennen dat hij door een wijziging op het werk geen wijziging van zijn functie zou behoeven te verwachten. Op het punt van de Job Description miskent Stoof dat daarin niet valt te lezen dat slechts wijzigingen in de functie van een directeur

kunnen worden aangebracht indien ook de betrokken directeur, in dit geval Stoof daarin zelf toestemt. Anderzijds ziet Stoof er aan voorbij dat ook onder de *vigour* van de Job Description van hem kon worden verlangd dat hij in beginsel niet bij voorbaat afwijzend zou staan tegenover voorstellen tot wijziging van zijn functie die verband hielden met de wijzigingen op het werk.

4.27. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat van omstandigheden die meebrengen dat van Stoof redelijkerwijs niet gevergd kon worden dat hij met de wijziging van zijn functie akkoord ging, niet is gebleken. De slotsom is dan ook dat Stoof ten onrechte afwijzend heeft gereageerd op de voorstellen van Mammoet tot wijziging van zijn functie en, na zijn hersteldverklaring, ten onrechte afwijzend heeft gereageerd op het verzoek van Mammoet tot werkhervatting.

4.28. De loonvordering van Stoof komt niet voor toewijzing in aanmerking. Grief I faalt.

4.29. Met grief II keert Stoof zich tegen het eindvonnis van de kantonrechter, voor zover daarin is geoordeeld dat Mammoet ten aanzien van de betaling van de tweede termijn van de SIP bonus een discretionaire bevoegdheid toekomt en dat Mammoet, gebruik makend van die discretionaire bevoegdheid, betaling van die tweede termijn kon weigeren, omdat Stoof zich niet positief had opgesteld ten aanzien van de hem gedane voorstellen tot wijziging van zijn functie.

4.30. Bij brief van 27 maart 2000 heeft Nedlloyd aan Stoof geschreven, voor zover van belang:

(...) we are happy to let you know that we have decided that you (...) will be eligible to receive this special – discretionary – incentive payment (...)
 (...) and the payment will be effected as follows.
 (...)

The second half will be paid on the first regular payday after six months after payment of the first part on the condition that you should still be on the payroll of the (new) company, or should not have left service at your own initiative. (...)

4.31. Stoof stelt dat uit deze brief blijkt dat alleen de beslissing tot toekenning van de SIP bonus op een discretionaire bevoegdheid berust, maar dat als die bonus (zoals hier: aan Stoof) eenmaal is toegekend, Mammoet geen discretionaire bevoegdheid heeft om die toezegging al dan niet na te komen.

4.32. De omstandigheid dat in de brief aan Stoof zelf wordt gesteld dat sprake is van een '– discretionary – incentive payment', leidt het hof tot het oordeel dat de lezing van Stoof niet aannemelijk is. Nu Stoof zich niet op andere omstandigheden dan de tekst van de bonustoezeggingsbrief zelf beroept en zijn stellingen overigens ook niet concreet te bewijzen aanbiedt, moet de conclusie zijn dat Stoof de brief redelijkerwijs niet zo heeft mogen opvatten.

4.33. Tenslotte stelt Stoof, in de toelichting op de grief, dat de beslissing van de kantonrechter onjuist is, omdat zijn oordeel dat Stoof zich ten onrechte niet positief heeft opgesteld ten aanzien van de hem ge-

dane voorstellen tot wijziging van zijn functie onjuist is. Stoof verwijst daarvoor naar (de toelichting op) grief I. Aangezien die grief faal, faalt dit onderdeel van grief II eveneens.

4.34. De slotsom is dat ook grief II tevergeefs is voorgesteld.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt, doordat het Hof heeft overwogen en beslist als in de *rov.'en* 4.24 tot en met 4.28, 4.32 en 4.33 is weergegeven, en (mede) op grond daarvan heeft beslist als in het dictum van het arrest is aangeduid; ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

Middel 1

Tussen Stoof en Mammoet is in deze procedure in geschil of Stoof als goed werknemer op de voet van art. 7:611 BW gehouden was om akkoord te gaan met een voorstel van Mammoet tot wijziging van zijn functie van 'Technical Director' in die van 'adviseur van de directeur', dat samenhangt met de overname van Mammoet door Van Seumeren B.V. – Van Seumeren – en de daarop volgende integratie van die twee ondernemingen.

Onderdeel 1

In *rov.* 4.6 heeft het Hof – gelet op HR 26 juni 1998, NJ 1998/767: met juistheid – voorop gesteld dat het voorstel van Mammoet tot wijziging van de functie van Stoof getoetst moet worden aan de algemene regel dat de tussen werkgever en werknemer bestaande verplichting om zich over en weer te gedragen als goed werkgever respectievelijk goed werknemer meebrengt dat de werknemer 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 redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd. De *betekenis* van deze regel is door het Hof echter in de daarop volgende *rov.'en* 4.24 tot en met 4.28 miskend, althans heeft het Hof daar aan die regel een onjuiste toepassing gegeven.

De in het arrest van 26 juni 1998 geformuleerde norm moet, nu deze (een verplichting tot medewerking aan) terzijde stelling van hetgeen tussen werkgever en werknemer is overeengekomen meebrengt, worden begrepen als een uitwerking van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen het kader van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat het er bij de beoordeling of de werknemer gehouden is een redelijk aanbod tot wijziging van zijn arbeidsovereenkomst te aanvaarden, op aankomt vast te stellen of afwijzing van dat voorstel door de werknemer – en daarmee ongewijzigde voortzetting van hetgeen partijen contractueel zijn overeengekomen – naar maatstaven

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De toets

(i) of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is van de werknemer om aan ongewijzigde voortzetting van zijn contractuele aanspraken vast te houden is een strengere norm dan de toets

(ii) of de werknemer redelijk handelt door een hem aangeboden functiewijziging niet te aanvaarden

. Die eerste – juiste – toets impliceert immers een terughoudende beoordeling van de (on)redelijkheid van de weigering van de werknemer, terwijl de tweede toets een volle(re) beoordeling van de redelijkheid van de opstelling van de werknemer met zich brengt.

Blijkens de rov.'en 4.24 tot en met 4.28 heeft het Hof niet onderzocht of de weigering van Stooft om het voorstel van Mammoet te accepteren een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat te zien geeft, maar slechts of aanvaarding daarvan redelijkerwijs (niet) van hem gevegd kon worden. Aldus heeft het Hof in het licht van het voorgaande blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel 2

Bij zijn beoordeling in de rov.'en 4.25 en 4.26 of Stooft in redelijkheid gehouden was het hem gedane voorstel te aanvaarden, heeft het Hof slechts de door Stooftaangevoerde omstandigheden betrokken

(i) dat hem was toegezegd dat de overname door Van Seumeren geen effect zou hebben op zijn rechtspositie en

(ii) dat de van zijn arbeidsovereenkomst deel uitmakende job description hem bescherming zou bieden tegen door hem niet gewenste wijzigingen van zijn functie-inhoud.

Blijkens de tweede zinsnede van de eerste volzin van rov. 4.25 heeft het Hof daarbij onderkend dat Stooft *daarnaast* ook nog een aantal andere omstandigheden naar voren heeft gebracht die zijns inziens meegewogen behoorden te worden in de beoordeling of hij redelijkerwijs gehouden was het hem gedane voorstel te accepteren. Die vaststelling van het Hof in de tweede zinsnede van de eerste volzin van rov. 4.25 is juist, nu Stooft bij Memorie van Grieven onder 46. inderdaad heeft aangevoerd dat bij de beoordeling of hij redelijkerwijs gehouden was het hem gedane voorstel te accepteren, ook

(a) de opstelling van Van Seumeren en Mammoet in het kader van het overleg over de wijziging van zijn functie en

(b) de inhoud van het hem gedane voorstel betrokken moesten worden

. Desondanks heeft het Hof die met (a) en (b) aangeduide omstandigheden niet betrokken bij de (eind)afweging in de rov.'en 4.25 en 4.26 of Stooftredelijkerwijs gehouden was het hem gedane voorstel te aanvaarden, maar uitsluitend in de daaraan voorafgaande afwegingen of sprake was van een redelijk voorstel en van open overleg daarover, als vervat in

de rov.'en 4.10 tot en met 4.14 en 4.15 tot en met 4.22. Indien het Hof zulks niet heeft gedaan omdat het Hof van oordeel was dat de zojuist met (a) en (b) aangeduide omstandigheden niet ook (nog eens) betrokken moesten worden bij de (eind)afweging of Stooft redelijkerwijs gehouden was het hem gedane voorstel te aanvaarden, is het Hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Zulks omdat het bij die (eind)afweging wel degelijk aankomt op een afweging van alle omstandigheden van het geval. Indien het Hof die norm in de rov.'en 4.25 tot en met 4.26 niet mocht hebben miskend, heeft het Hof zijn oordeel dat van Stooft redelijkerwijs gevegd kon worden het voorstel van Mammoet te accepteren onvoldoende gemotiveerd, door in de afweging slechts twee van de in dat verband door Stooft (bij Memorie van Grieven onder 46.) aangevoerde omstandigheden te betrekken, althans door geen inzicht te bieden in de betekenis die door het Hof in die afweging aan de hiervoor met (a) en (b) aangeduide omstandigheden is toegekend.

Onderdeel 3

In rov. 4.26, laatste volzin, heeft het Hof overwogen dat ook onder de vigeur van de Job Description van Stooft kon worden verlangd dat hij in beginsel niet 'bij voorbaat afwijzend' zou staan tegenover voorstellen tot wijziging van zijn functie die verband hielden met wijzigingen op het werk. In deze overweging van het Hof ligt het (impliciete) oordeel van het Hof besloten dat Stooft 'in beginsel bij voorbaat afwijzend' stond tegenover het hem gedane voorstel tot wijziging van zijn functie. Dat oordeel van het Hof is onbegrijpelijk want innerlijk tegenstrijdig met de feiten die het Hof in rov. 4.11 heeft vastgesteld met betrekking tot de wijze waarop Stooft heeft gereageerd op het voorstel tot wijziging van zijn functie dat hem voor het eerst tijdens een Management-Meeting in het weekend van 19/20 augustus 2000 werd voorgehouden. In rov. 4.11 heeft het Hof immers vastgesteld dat Stooft vervolgens bij brief d.d. 29 september 2000 aan de directie van Mammoet heeft geschreven dat de voorgenomen verhuizing naar Schiedam nogal wat consequenties voor zijn positie had en dat hij daarin heeft aangegeven dat hij, alvorens een besluit ten aanzien van zijn nieuwe functie te kunnen nemen, een nieuwe arbeidsovereenkomst voorgelegd zou willen hebben. In het licht van deze feiten die het Hof heeft vastgesteld ten aanzien van de (eerste) reactie van Stooft op het hem gedane voorstel, is onbegrijpelijk hoe het Hof in rov. 4.26 klaarblijkelijk tot het oordeel is gekomen dat Stooft zich 'bij voorbaat afwijzend' tegenover het voorstel van Mammoet zou hebben opgesteld. Zonder nadere toelichting, die in rov. 4.26 ontbreekt, is immers niet inzichtelijk hoe uit het feit dat een werknemer aangeeft zich te willen beraden op de vraag of hij een voorstel van de werkgever zal aanvaarden, volgt dat die werknemer daar 'bij voorbaat afwijzend' tegenover staat.

Middel 2
Onderdeel 1

Tussen Stoof en Mammoet is in deze procedure in de tweede plaats in geschil of Stoof jegens Mammoet aanspraak heeft op betaling van de tweede termijn van de hem bij brief d.d. 27 maart 2000 – productie 12 bij conclusie van eis – toegekende SIP-bonus. In de brief d.d. 27 maart 2000 zijn de voorwaarden voor uitbetaling (van de tweede termijn) van die bonus als volgt verwoord:

‘(...) In order to reward your efforts to date and your contribution towards the future health of Mammoet Transport we are happy to let you know that we have decided that you – as one of a selected number of senior executives – will be eligible to receive this special discretionary - incentive payment, along the following guidelines and conditions.

The maximum amount of this incentive payment amounts to NLG 184.300 gross, and the payment will be effected as follows.

(...)

The second half will be paid on the first regular payday after six months after payment of the first part on the condition that you should still be on the payroll of the (new) company, or should not have left service at your own initiative.’

(verschrijving in het origineel, toevoeging advocaat)

Mammoet heeft betaling van de tweede termijn van de bonus geweigerd omdat Stoof zich niet positief zou hebben opgesteld ten aanzien van de hem gedane voorstellen tot wijziging van zijn functie. Stoof heeft zich in deze procedure, naar het Hof in rov. 4.31 met juistheid heeft vastgesteld, op het standpunt gesteld dat de hiervoor geciteerde toezegging van Mammoet geen andere uitleg toelaat dan dat wanneer de bonus eenmaal is toegekend – zoals in het geval van Stoof is gebeurd – aan Mammoet vervolgens geen discretionaire bevoegdheid meer toekomt om al dan niet tot betaling van de tweede termijn daarvan over te gaan (mits Stoof aan de aan betaling gestelde voorwaarde voldoet).

Vgl. Memorie van Grieven onder 52. tot en met 54.

In rov. 4.32 heeft het Hof overwogen dat de omstandigheid dat in de brief aan Stoof d.d. 27 maart 2000 wordt gesteld dat sprake is van een discretionary bonus, leidt tot het oordeel dat de lezing van Stoof niet aannemelijk is. Die beslissing van het Hof is onbegrijpelijk, nu uit de bewoordingen van de brief ondubbelzinnig blijkt dat de toekenning van de bonus weliswaar berust op een discretionaire bevoegdheid van de werkgever, maar dat de daarop volgende *betaling* (van de tweede helft) van de bonus slechts afhankelijk is gesteld van het feit dat de werknemer op dat moment – 6 maanden na betaling van de eerste termijn – nog op de loonlijst van de werkgever staat en niet op zijn initiatief uit dienst is getreden, zodat de werkgever zich terzake van die betaling dus geen discretionaire bevoegdheid heeft voorbehouden.

Onderdeel 2

De beslissing van het Hof in rov. 4.33 bouwt voort op de beslissingen vervat in de rov.’en 4.24 tot en met 4.27 die worden bestreden door de verschillende onderdelen van middel 1. De beslissing als vervat in rov. 4.33 is dan ook rechtens onjuist, *althans* onvoldoende gemotiveerd, op de in de verschillende onderdelen van middel 1 weergegeven gronden.

Conclusie A-G mr. Keus:

Het gaat in deze zaak vooral om de vraag of de in HR 26 juni 1998 (Van der Lely/Taxi Hofman), NJ 1998/767, ontwikkelde regel dat de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en zulke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd, een ‘volle’ redelijkheidstoets, dan wel slechts een marginale toets, gelijk aan de ‘onaanvaardbaarheidstoets’ van art. 6:248 lid 2 BW, impliceert.

1. *Feiten*

1.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹

1.2. Stoof heeft zich toegelegd op de ontwikkeling van innovatieve technieken op het gebied van hijsen en transporteren van zeer zware gewichten. Hij heeft in de eerste helft van de jaren negentig een product ontwikkeld, de zogenaamde MSG, waarop wereldwijd patenten zijn aangevraagd. In 1996 heeft Stoof deze activiteiten ondergebracht in een werkmatschappij, Stotra B.V. (hierna: Stotra), welke vennootschap Stoof tezamen met een dochteronderneming van Mammoet, Mammoet Decalift International B.V. (hierna: Mammoet Decalift), heeft opgericht. Stoof werd enig statutair directeur van Stotra en hield via de door hem beheerste vennootschap Drie-S Invest B.V. (hierna: Drie-S) 50% van de aandelen in Stotra. Mammoet Decalift werd eigenaar van de overige 50% van de aandelen in Stotra. Zowel Mammoet Decalift als Mammoet behoorden destijds tot het Nedlloyd-concern.

1.3. Op 14 april 1998² is tussen Stoof en Drie-S enerzijds en Mammoet Decalift anderzijds een overeenkomst tot stand gekomen waarbij Mammoet Decalift de aandelen van Drie-S in Stotra (sindsdien genaamd Mammoet Engineering & Innovation B.V.,

¹ Zie de rov. 4.1.1–4.1.8 van het bestreden arrest in samenhang met de rov. 1.1–1.15 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam, sector kanton, van 15 november 2002. Zie ook de rov. 1.1–1.18 van het vonnis van die rechtbank van 27 juni 2003, waarin (in het bijzonder in de rov. 1.14–1.17) de in het vonnis van 15 november 2002 vastgestelde feiten met de na 5 oktober 2000 tussen partijen gewisselde correspondentie zijn aangevuld. Ten slotte zijn de feiten ook te kennen uit HR 14 november 2003, NJ 2004/138, m.nt. GHV.

² Aldus rov. 4.1.2 van het bestreden arrest. Blijkens de als prod. 2 bij de conclusie van antwoord overgelegde overeenkomst van koop en verkoop van aandelen is de overeenkomst op 16 april 1998 tot stand gekomen.

afgekort MEI) heeft gekocht, tegen een maximale koopprijs van f 8.800.000. Daarbij heeft Mammoet Decalift bedongen dat Stoof zal aftreden als statutair directeur van Stotra en voor een periode van nog tien jaar als werknemer onder de titel 'technisch directeur' bij Mammoet in dienst zal treden.

1.4. Per datum van levering van de aandelen werd f 2.800.000 betaald. Of de maximale koopprijs zou worden behaald, werd voor een bedrag van twee maal f 1.000.000 afhankelijk gesteld van de verkoop van een tweede respectievelijk een derde MSG, terwijl voor een bedrag van f 4.000.000 betaling in tien jaarlijkse termijnen van f 400.000 werd afgesproken, met dien verstande dat de verplichting tot (verdere) betaling van deze termijnen zou vervallen indien Stoof toerekenbaar in de nakoming van zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst zou tekortschieten.

1.5. De arbeidsovereenkomst³ houdt in dat Stoof met ingang van 1 januari 1998 voor een periode van tien jaar als technisch directeur bij Mammoet in dienst is getreden. Zij bepaalt onder meer dat Stoof als technisch directeur zal worden gedetacheerd bij Mammoet Decalift. De bij de arbeidsovereenkomst als bijlage gevoegde 'Job Description'⁴ bepaalt onder meer dat Stoof in zijn hoedanigheid van technisch directeur van Mammoet Decalift tevens 'Director' zou worden van 'Mammoet Engineering & Innovation Competence Centre ('MEI')', gevestigd te Etten-Leur.

Verder is in de arbeidsovereenkomst een concurrentiebeding opgenomen op grond waarvan Stoof zich gedurende 15 jaar, te rekenen vanaf 4 mei 1998, wereldwijd zal onthouden van, onder andere,

(i) activiteiten die verband houden met het hijsen en transporteren van zware en/of volumieuze ladingen voor anderen dan een Mammoet-vennootschap en

(ii) deelname in enige (rechts)persoon of organisatie die zulke activiteiten verricht.

1.6. In 2000 heeft Nedlloyd het voornemen geuit al haar aandelen in Mammoet te verkopen. Als gegadigde voor de aandelen diende zich Van Seumeren B.V. (hierna: Van Seumeren) aan.

1.7. Bij brief van 18 mei 2000⁵ heeft de voorzitter van de Raad van Bestuur van Nedlloyd aan Stoof onder andere meegedeeld:

'(...) dat de contractuele positie – koopovereenkomst, arbeidsovereenkomst, overeenkomst met betrekking tot het octrooi – in geen enkel opzicht wordt aangetast of beïnvloed door de beoogde verkoop van Mammoet, aan Van Seumeren of aan een andere gegadigde.

(...)

Voor enige aanpassing van de afspraken respectievelijk voor vervroegde betaling van voorwaardelijk verschuldigde bedragen is wat ons betreft dan ook geen plaats. (...).'

1.8. Bij brief van 23 mei 2000⁶ zijn alle medewerkers van Mammoet en Van Seumeren door bestuurders van deze vennootschappen over de voorgenomen overdracht van alle activiteiten van Mammoet door Nedlloyd aan Van Seumeren geïnformeerd. Voorts is daarin vermeld dat Stoof verantwoordelijk wordt voor research en development en innovatie. In de brief is een schets gegeven van de nieuwe organisatie- en managementstructuur.

Bij brief van gelijke datum⁷ heeft Mammoet aan Stoof bericht dat de voorgenomen overdracht van de aandelen 'als zodanig geen directe gevolgen (zal) hebben voor uw werkgelegenheid of uw arbeidsvoorwaarden.'

1.9. Bij fax van 31 mei 2000⁸ heeft Van Seumeren aan Stoof een 'final offer' tot wijziging van de bestaande overeenkomst gedaan, inhoudende:

- beperking van het concurrentiebeding van vijftien tot vijf jaar;
- betaling in 2002 van het restant van de jaarlijkse termijnen van f 400.000 ineens;
- geen verplichting voor Van Seumeren tot investering in een derde MSG;
- zodra gunstig is beslist op de octrooiaanvragen voor de VS en Japan, een regeling van de daarmee samenhangende betaling van f 500.000.

Verder vermeldt de fax dat Van Seumeren vertrouwt met dit aanbod de basis te hebben gelegd die het Stoof mogelijk zou maken op een constructieve wijze bij te dragen aan het welvaren van Mammoet 'New Style'. Stoof werd verzocht voor 5 juni 2000 op dit aanbod te reageren.

1.10. Op 13 juni 2000 heeft Stoof bericht dat hij het voorstel aanvaardt, onder andere onder de voorwaarde dat ter zake van de derde MSG met hem wordt afgerekend en dat hij aanneemt dat hem een aangepaste arbeidsovereenkomst zal worden toegezonden.

1.11. Vervolgens hebben Stoof en Drie-S gepoogd de overdracht van de aandelen door Nedlloyd aan Van Seumeren te voorkomen door in kort geding te vorderen dat het Nedlloyd en Mammoet Decalift wordt verboden tot levering van de aandelen in Mammoet Decalift aan derden over te gaan. Volgens Stoof had dit kort geding mede tot doel Nedlloyd te bewegen hem de schade te vergoeden die hij zou lijden omdat Van Seumeren niet bereid was in een derde MSG te investeren (hetgeen tot een feitelijke verlaging van de koopprijs voor de aandelen in Stotra met een bedrag van f 1.000.000 zou leiden). Bij

3 Van deze arbeidsovereenkomst is een onderhandse akte opgemaakt, ondertekend op 4 mei 1998 en overgelegd als prod. 1 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

4 Prod. 2 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

5 Prod. 3 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

6 Prod. 5 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

7 Prod. 4 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

8 Bijlage 2 bij prod. 5 bij de conclusie van antwoord.

vonnis van 11 juli 2000⁹ heeft de president van de rechtbank Rotterdam de vordering afgewezen.

1.12. Bij brief van 14 juli 2000 heeft Stoof aan Van Seumeren meegedeeld dat hij het voorbehoud, gemaakt in de brief van 13 juni 2000, laat vallen en dat hij ervan uitgaat dat een aangepast contract volgens de brief van 31 mei 2000 op korte termijn kan worden voorgelegd.

1.13. Medio juli 2000 zijn de aandelen Mammoet overgedragen aan Van Seumeren, die daarmee de volledige zeggenschap over Mammoet verkreeg.

1.14. In het weekend van 19 en 20 augustus 2000 is het key-management, onder wie Stoof, bijeengekomen om over de opzet van de geïntegreerde 'Mammoet Van Seumeren' te praten. Niet later dan bij die gelegenheid is aan Stoof meegedeeld dat hem een andere functie was toegedacht, te weten die van adviseur van de directeur/tweede man onder Roderik van Seumeren, de jongste broer van F. van Seumeren, de president-directeur van het Van Seumeren-concern, en beoogd Vice President van Mammoet Global B.V., de vennootschap waarin (een deel van) de activiteiten van Mammoet Decalift respectievelijk MEI (meer in het bijzonder de exploitatie van zeer zware hijsinrichtingen) zou(den) worden ondergebracht.

1.15. Bij brief van 29 september 2000¹⁰ heeft Stoof aan Mammoet Transport onder meer het volgende geschreven:

'(...) De voorgenomen verhuizing naar Schiedam heeft nogal wat consequenties voor mijn persoonlijke positie, nu ik heb vernomen dat wordt voorgesteld dat ik ga functioneren als adviseur van Roderik van Seumeren, terwijl ik thans een geheel andere functie heb.

Alvorens ik een besluit kan nemen over de aanvaarding van de aan mij toebedachte functie ben ik met F. van Seumeren overeengekomen, dat mij een nieuwe arbeidsovereenkomst zal worden voorgelegd, waarbij tevens de afspraken ten aanzien van DrieS worden herhaald zoals deze reeds schriftelijk zijn overeengekomen. (...)

1.16. Bij brief van 5 oktober 2000¹¹ heeft F. van Seumeren daarop als volgt gereageerd:

'(...) Jij hebt (met je partners in Drie-S) Stotra aan Mammoet verkocht, waarbij je je verbonden hebt tien jaar voor Mammoet te blijven werken. De voldoening van een gedeelte van de koopsom is daaraan gekoppeld: als je (naar het oordeel van de commissarissen) je niet houdt aan de (werk)afspraken, kan Mammoet op grond van artikel 6 van de koopovereenkomst beslissen dat de resterende termijnen vervallen. Op dit moment betreft dit nog een bedrag van NLG 3,2 mio.

Daarnaast is Drie-S verhuurder van het pand in Etten Leur en heb jij rechten uit octrooiaanvra-

gen aan Mammoet overgedragen, waarvoor je, als in Europa, de VS en Japan octrooi op de MSG verleend is, nog NLG 500K zult ontvangen.

In de periode voordat F. van Seumeren de leiding over Mammoet overnam, zijn er naar ik begrijp conflicten geweest: volgens mijn informatie heb je twee maal een schriftelijke waarschuwing gekregen, terwijl begin 1999 de toenmalige directeur op het punt stond zich te beroepen op de regeling van artikel 6 van de koopovereenkomst. Na de overname van Mammoet sluiten wij de vestiging in Etten Leur; dat betekent dat afspraken moeten worden gemaakt over de (onder)huur van het pand. In de nieuwe organisatie is voor jou ook een andere functie voorzien.

Wat de octrooiverlening betreft, begrijp ik dat Huisman stelt dat zij de 'first and true inventor' is. Als dit juist is, staat dit volgens de octrooigemachtigde een octrooiverlening in de VS in de weg.

Naar mijn oordeel zit in de huidige regelingen (met name: de koppeling tussen het vervallen van de resterende termijnen van de koopsom en het behoorlijk functioneren van jou als werknemer) het conflict ingebakken: deze afspraken kunnen tot gevolg hebben dat je doorlopend het pistool op je gericht voelt (begrijp me goed: ik zeg niet dat dit zo is of in het verleden was), terwijl je anderzijds ook tegenover je partners de verplichting voelt de volle tien jaar uit te dienen, ook al heb je daar geen plezier meer in.

De meest wezenlijke vraag voor mij is of je in het concept van het nieuwe Mammoet Van Seumeren een streep onder het verleden kunt zetten en wij er over en weer vertrouwen in kunnen hebben dat met de rol, die je onder de leiding van Roderik van Seumeren bij Mammoet Global is toebedacht, een basis voor een goede samenwerking gevonden kan worden. Voor de management meeting in Garderen op 19/20 augustus jl. heb ik je dit op de man af gevraagd. Je hebt daar toen bevestigend op geantwoord.

Met je brief van 29 september jl. (waar je allerlei voorwaarden verbindt aan het aanvaarden van de nieuwe functie) vervalt je in de loopgravenoorlog, die je in het verleden ook al met Mammoet hebt gevoerd.

Voor alle duidelijkheid: in de periode dat wij in onderhandeling waren over de aankoop van Mammoet heb ik je geschreven dat ik bereid ben de afspraken op het punt van de betaling in termijnen van de koopsom te herzien. Je hebt dat niet aanvaard en inmiddels zijn we een door jou verloren kort geding tegen Nedlloyd en Mammoet verder.

Als je je alsnog con amore voor de nieuwe organisatie wilt inzetten, ben ik nog steeds bereid tot enigerlei vorm van aanpassing van de afspraken en je arbeidsovereenkomst.

Als je bij nader inzien van oordeel bent dat je niet voor Roderik van Seumeren in Mammoet Global wilt werken, ben ik bereid in open overleg tot een

9 Prod. 3 bij de conclusie van antwoord.

10 Prod. 6 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

11 Prod. 7 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

regeling te komen, waarbij je niet nog acht jaren aan de onderneming verbonden hoeft te blijven. (...)

1.17. Bij brief van 10 oktober 2000¹² heeft de advocaat van Stooft op deze brief gereageerd en onder andere meegedeeld dat Stooft met ingang van 16 oktober 2000 voorlopig gebruik wenste te maken van zijn opschortingsrecht ten aanzien van zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, evenwel onder bereidverklaring de overeengekomen functie van 'Technical Director' uit te oefenen.

Wegens ziekte is Stooft van 10 oktober 2000 tot 29 augustus 2001 arbeidsongeschikt geweest. Nadat haar bij brief van 29 augustus 2001 mededeling was gedaan van het herstel van Stooft,¹³ heeft Mammoet bij brief van 31 augustus 2001¹⁴ via de advocaat van Stooft meegedeeld dat Stooft zich maandag 3 september 2001 op het hoofdkantoor diende te melden voor werkhervatting.

Bij fax van 3 september 2001¹⁵ is namens Stooft aan Mammoet meegedeeld dat en waarom de oproep tot werkhervatting niet serieus kan worden genomen. Daarop is namens Mammoet aan Stooft meegedeeld¹⁶ dat met ingang van 1 september 2001 de loonbetaling aan Stooft zal worden gestaakt, hetgeen Mammoet ook heeft gedaan.

2. *Procesverloop*

2.1. Bij exploit van 31 oktober 2001 heeft Stooft Mammoet voor de rechtbank Amsterdam, sector kanton, (hierna: de kantonrechter) doen dagvaarden en gevorderd dat Mammoet zal worden veroordeeld dat betaling van

- (i) het overeengekomen loon vanaf 1 september 2001 totdat het dienstverband rechtsgeldig zal zijn geëindigd,
- (ii) een bedrag van f 45.237 ter zake van de 'performance bonus 2000' en
- (iii) een bedrag van f 92.150 ter zake van de 'SIP-bonus', een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente en de wettelijke verhoging.

Kort gezegd heeft Stooft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat Mammoet eist dat Stooft zal werken in een geheel andere dan de bedongen functie, dat Stooft daartoe niet verplicht is en dat het niet komen werken geen grond is voor staking van de loonbetaling, nu de functiewijziging een oorzaak is die in redelijkheid voor rekening van Mammoet behoort te komen.¹⁷

Mammoet heeft hiertegen gemotiveerd verweer gevoerd. Het verweer komt kort gezegd erop neer dat na de overname van Mammoet sprake was van een gewijzigde situatie op het werk die tot een aanpassing van de functie van Stooft noopte. In ver-

band met die gewijzigde omstandigheden zijn aan Stooft redelijke voorstellen gedaan. Stooft heeft zich echter allesbehalve positief opgesteld, omdat hij zijn medewerking aan de functiewijziging afhankelijk heeft gesteld van buiten de te vervullen functie zelf gelegde eisen.¹⁸

2.2. Onder aanhouding van iedere verdere beslissing heeft de kantonrechter bij tussenvonnis van 15 november 2002 een comparitie van partijen bevolen teneinde nadere inlichtingen te verkrijgen over de door Stooft voorheen vervulde functie en de inhoud van de hem aangeboden (nieuwe) functie (rov. 5).¹⁹ Deze comparitie heeft op 14 januari 2003 plaatsgehad.

2.3. Bij vonnis van 27 juni 2003 heeft de kantonrechter de vordering van Stooft tot doorbetaling van loon afgewezen. Daartoe heeft de kantonrechter als volgt overwogen:

'3.

Voorheen was Stooft's functie die van Technical Director. Hij stond aan het hoofd van MEI en was 'lijnverantwoordelijk' voor alle activiteiten van MEI. Deze activiteiten bestonden uit het ontwikkelen en vervaardigen van bijzondere hijsinrichtingen en de exploitatie van de door Stooft ontwikkelde MSG's. Uit hoofde van deze functie gaf Stooft leiding aan een groep van ongeveer 25 medewerkers. Daarnaast bestond zijn functie hoofdzakelijk uit het bieden van ondersteuning en het geven van advies aan de overige 'operational companies' van de Mammoetgroep. Van de nieuwe organisatie maakt deel uit Mammoet Global, dat onder leiding is gesteld van Roderik van Seumeren. Deze organisatie zal zich voortaan bezig houden met de wereldwijde exploitatie van zeer zware kranen/hijsinrichtingen, waaronder de door Stooft ontwikkelde en de voorheen door MEI geëxploiteerde MSG's. De voorheen eveneens onder MEI ressorterende activiteiten terzake van ontwikkelen en vervaardigen van hijsinrichtingen zijn ondergebracht in een nieuwe, afzonderlijke afdeling Product Development. Hierbij is de functie die Stooft voorheen had, vervallen. Er is aldus sprake van gewijzigde omstandigheden op het werk.

4.

In verband met deze gewijzigde omstandigheden is aan Stooft een voorstel gedaan inzake een andere functie. In het algemeen geldt dat de tussen werkgever en werknemer bestaande verplichtingen zich over en weer te gedragen als goed werkgever respectievelijk goed werknemer met zich meebrengt, wat de werknemer betreft, dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever,

12 Prod. 8 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

13 Prod. 13 bij de conclusie van repliek.

14 Prod. 14 bij de conclusie van repliek.

15 Prod. 15 bij de conclusie van repliek.

16 Prod. 16 bij de conclusie van repliek.

17 Zie rov. 2 van het vonnis van de kantonrechter van 15 november 2002.

18 Zie rov. 3 van het vonnis van de kantonrechter van 15 november 2002.

19 Bij tussenvonnis van 1 maart 2002 besliste de kantonrechter nog dat, gezien hetgeen over en weer is gesteld, de zaak niet geschikt is voor een verschijning van partijen ter terechtzitting, zodat schriftelijk moet worden voortgeprocedeerd.

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. Dit is niet anders wanneer, zoals in dit geval, de gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen.

5. Het voorstel dat aan Stooft is gedaan betreft de functie van adviseur van/tweede man onder Roderik van Seumeren, aan wie als Vice President (VP) de leiding van Mammoet Global is opgedragen. Volgens de concept-omschrijving van de functie is de inhoud daarvan 'to assist, advise, counsel and coach the VP in all aspects of his role and responsibilities'. De omschrijving houdt voorts in, dat de VP, gelet op zijn beperkte ervaring op de gebieden waarop Stooft bij uitstek deskundig is, in de praktijk grote delen van zijn verantwoordelijkheden dienaangaande aan Stooft zou kunnen delegeren.

6. Dit voorstel is voor wat betreft de ondersteunende en adviserende taak die Stooft zou krijgen in lijn met de bijstand die Stooft eerder aan 'operational companies' moest geven. In het voorstel is tot uitdrukking gebracht dat de onervarenheid van de VP ten aanzien van de MSG's en 'special devices' enerzijds en Stooft's erkende ervaring en deskundigheid dienaangaande anderzijds, de mogelijkheid bestaat dat in de praktijk Stooft verantwoordelijk zal worden gemaakt dienaangaande. Mede in aanmerking genomen dat Van Seumeren te kennen heeft gegeven bereid te zijn tot zodanig overleg over zaken als titulatuur en procuratie dat op deze punten een ook voor Stooft aanvaardbaar resultaat wordt bereikt, moet het voorstel als redelijk worden beschouwd.

7. Hiertegenover heeft Stooft zijn medewerking aan een wijziging van zijn functie afhankelijk gesteld van een aantal zeer vergaande eisen, genoemd in de hiervoor onder 1.15 aangehaalde brief (bedoeld is een in het vonnis uitvoerig geciteerde brief van Van Seumeren van 19 oktober 2000; LK), die door zijn wederpartij met recht als onaanvaardbaar konden worden beschouwd. Door zich aldus op te stellen heeft Stooft niet voldaan aan zijn verplichting om zich ten aanzien van de gedane voorstellen positief op te treden. Om die reden is het tot hervatting van werk niet gekomen. Waar dit voor rekening van Stooft komt, moet de vordering tot doorbetaling van loon worden afgewezen.'

2.4. Ten aanzien van de nevenvorderingen van Stooft tot betaling van een 'performance bonus' van

f 45.237 en een 'SIP bonus' van f 92.150 heeft de kantonrechter als volgt geoordeeld:

'12.

Volgens de arbeidsovereenkomst van 4 mei 1998 is van toepassing het Bonusplan, behorende bij het COMPASS-beloningssysteem, en komt Stooft in aanmerking voor een bonus van maximaal 15% van het basisjaarsalaris, dat volgens de arbeidsovereenkomst bestaat uit twaalf maandsalarissen en de vakantiebijslag. De arbeidsovereenkomst biedt niet zonder meer steun aan Stooft's standpunt dat de bonus contractueel tot drie maanden salaris kan bedragen. Stooft zal in de gelegenheid worden gesteld zijn standpunt nader toe te lichten. Hij dient eveneens toe te lichten, voorzover doenlijk, zijn stelling dat in de eerste negen maanden van 2000 zijn 'performance' al hoger was dan in heel 1999. Anderzijds is Mammoet gehouden haar standpunt dat Stooft qua geleverde prestaties in 2000 in het geheel niet voor een bonus in aanmerking zou komen concreet en onder overlegging van de relevante bewijsstukken toe te lichten.

Stooft zal bij zijn toelichting eveneens nog kunnen reageren op het door Mammoet eerst bij dupliek gevoerde verweer dat hij zich voor de tweede helft van de SIP-bonus zou moeten wenden tot Nedlloyd omdat niet Mammoet, maar Nedlloyd deze bonus heeft toegezegd.'

2.5. Nadat partijen enkele stukken hadden gewisseld heeft de kantonrechter bij vonnis van 28 november 2003 beslist dat Stooft in de gelegenheid zal worden gesteld de tekst van het in de arbeidsovereenkomst genoemde COMPASS-beloningssysteem inzake de 'performance bonus' over te leggen. Voorts heeft de kantonrechter op verzoek van Stooft in het dictum van het vonnis reeds beslist tot afwijzing van diens vordering tot doorbetaling van loon. Iedere verdere beslissing is aangehouden.

2.6. Bij eindvonnis van 6 februari 2004 is de kantonrechter voor wat betreft de 'performance bonus' tot de conclusie gekomen 'dat Stooft naar redelijkheid en billijkheid aanspraak heeft op een bonus gelijk aan 10% van zijn jaarsalaris', hetgeen met een bedrag van € 8677,70 overeenkomt. De meegevoerde wettelijke verhoging is tot een bedrag van € 2169,43 toegewezen (rov. 6-7).

De vordering van Stooft tot betaling van de tweede termijn van de 'SIP-bonus' is afgewezen, omdat Mammoet volgens de kantonrechter in redelijkheid heeft kunnen menen dat zij, gebruikmakend van haar discretionaire bevoegdheid, betaling ervan kon weigeren (rov. 8-11).

Bij het eindvonnis, dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, is Mammoet veroordeeld tot betaling van € 10.847,13, vermeerderd met de wettelijke rente over een bedrag van € 8677,70. Mede in aanmerking nemende dat de vordering tot doorbetaling van loon reeds was afgewezen (rov. 12), heeft de kantonrechter Stooft als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding veroordeeld.

2.7. Bij exploit van 26 februari 2004 is Stoof bij het hof Amsterdam van de vonnissen van 28 november 2003 en 6 februari 2004 in hoger beroep gekomen. Bij memorie van grieven heeft Stoof twee grieven voorgesteld. Mammoet heeft ook in hoger beroep gemotiveerd verweer gevoerd.

2.8. De eerste grief is gericht tegen de afwijzing van de loonvordering van Stoof. Stoof heeft zich op het standpunt gesteld dat de vordering tot betaling van loon en emolumenten na 1 september 2001 had behoren te worden toegewezen, omdat Mammoet hem uit zijn functie van 'Technical Director' heeft ontheven terwijl, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, geen sprake is van een redelijk voorstel tot wijziging van zijn functie dat Stoof, handelend als goed werknemer, redelijkerwijs had behoren te aanvaarden.

2.9. Bij de beoordeling van deze grief heeft het hof in zijn arrest van 14 september 2006²⁰ vooropgesteld dat in het algemeen geldt dat de tussen werkgever en werknemer bestaande verplichting om zich over en weer als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen, voor de werknemer met zich brengt 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 redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd, en dat dit niet anders is indien de gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen. Naar het oordeel van het hof moet het voorstel van Mammoet tot wijziging van de functie van Stoof worden getoetst aan dit uitgangspunt, dat in meerdere uitspraken van de Hoge Raad is herhaald (rov. 4.6).

2.10. Volgens het hof moet allereerst worden nagegaan of van gewijzigde omstandigheden op het werk sprake was. Dat daarvan sprake was, is tussen partijen niet in geschil (rov. 4.7). Die gewijzigde omstandigheden hielden in, dat Mammoet in 2000 door Van Seumeren is overgenomen en dat besloten is beide ondernemingen te integreren. Deze integratie hield voor Stoof in dat het bedrijfs-onderdeel waaraan hij leiding gaf, MEI te Etten-Leur, grotendeels (namelijk voor zover het de activiteiten met betrekking tot de exploitatie van zware hijsinrichtingen betrof) zou opgaan in het grotere Mammoet Global B.V. te Schiedam, waarin eveneens onderdelen van de onderneming van Van Seumeren zouden worden ondergebracht, terwijl een ander onderdeel van MEI, de activiteiten met betrekking tot de ontwikkeling van nieuwe hijsinrichtingen, zou worden ondergebracht in de nieuwe afdeling 'Product Development'.

Noch de beslissing van de directie van Mammoet/Van Seumeren om MEI te laten opgaan in een groter geheel, Mammoet Global, noch de beslissing om de vestiging van MEI in Etten-Leur op te heffen,

kunnen volgens het hof als onredelijk worden gekwalificeerd. De beide beslissingen leidden ertoe dat Stoof geen directe leiding meer zou kunnen geven aan MEI met ongeveer 25 medewerkers, en dat Stoof zijn 'managing' taken dus in zoverre niet zou kunnen voortzetten en voor hem dus een andere functie moest worden gezocht (rov. 4.8).

2.11. Vervolgens heeft het hof de vraag aan de orde gesteld of het voorstel van Mammoet/Van Seumeren om Stoof de functie van adviseur/tweede man onder de Vice President, Roderik van Seumeren, toe te kennen, de toets van de redelijkheid doorstaat. Tussen partijen is niet in discussie dat die toets in twee onderdelen uiteenvalt: ten eerste, of het voorstel tot wijziging van de functie op een open en constructieve wijze door de werkgever is gedaan en met de werknemer is besproken (de formele zorgvuldigheidsvereisten), en ten tweede, of het voorstel van de werkgever ook inhoudelijk redelijk is (rov. 4.9).

2.12. Ten aanzien van het eerste aspect heeft het hof geoordeeld dat aan de formele zorgvuldigheidsvereisten is voldaan (rov. 4.10-4.14). Zie onder meer rov. 4.14:

'(...) De kernvraag die Van Seumeren Stoof in de brief van 5 oktober 2000, maar ook in latere brieven telkens voorhoudt, is of Stoof bereid was zich in te zetten voor de nieuwe Mammoet-Van Seumeren organisatie, ook wel aangeduid als het willen innemen van een 'positieve grondhouding'. Gezien de in het verleden met Stoof gevoerde discussie over de aanpassing van de koopovereenkomst van 14 april 1998 en het door Stoof tegen Nedlloyd en Mammoet gevoerde kort geding is de wens om allereerst die vraag door Stoof beantwoord te willen hebben niet onbegrijpelijk en niet onredelijk. Uit de door Van Seumeren geschreven brieven kan overigens ook niet worden afgeleid dat Van Seumeren niet open zou staan voor overleg over de (nieuwe) functie van Stoof binnen het nieuwe Mammoet. Het tegendeel is het geval zoals onder meer blijkt uit de brief van F. van Seumeren van 1 november 2000 (...).'

2.13. Ook de vraag of het voorstel van Mammoet om Stoof de functie van adviseur/tweede man onder de Vice President toe te kennen, inhoudelijk redelijk is, heeft het hof bevestigend beantwoord (rov. 4.15-4.22). Hierbij heeft het hof (in rov. 4.17) tot uitgangspunt genomen dat

'(...) door de integratie van de diverse onderdelen van de Mammoet- en Van Seumeren-organisatie grotere eenheden zouden ontstaan. In dit geval is gekozen voor een integratie van onderdelen uit de beide organisaties, waaronder MEI, in Mammoet Global, waarbij de leiding zou worden toegekend aan één persoon, de Vice President. Die keuze is, op zichzelf beschouwd, niet onredelijk te achten. Datzelfde geldt voor de keuze om de formele leiding van Mammoet Global in handen te geven van Roderik van Seumeren als Vice President, en niet aan Stoof. Daaraan

²⁰ RAR 2006/158.

doen de gestelde relatieve onervarenheid van Roderik van Seumeren, meer in het bijzonder op het terrein van hijsen en transporteren van zware gewichten, en de daartegenover staande zeer ruime ervaring en expertise van Stoof op dat gebied, niet af.'

Verder heeft het hof (in rov. 4.19) nog overwogen:

'Het verschil tussen zijn functie van technisch directeur en de functie van adviseur/tweede man onder Roderik van Seumeren als Vice President zou volgens Stoof voorts met name daarin gelegen zijn dat hij als 'adviseur/tweede man' geen eigen 'beslisbevoegdheid' (mvg nr 25, 41) zou hebben. Met de hiervoor vermelde kanttekening dat die beslisbevoegdheid uitsluitend zou kunnen worden uitgeoefend binnen de daarvoor door de Managing Director van Mammoet Decalift gestelde grenzen (zie rov. 4.18; LK), staat daar ook tegenover, dat Stoof binnen Mammoet Global als 'Adviser to the VP' de één na hoogste functie zou bekleden, waarbij 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 dan MEI was en Stoof als 'Adviser to the VP' bovendien tevens, volgens reeds de Job Description, een 'member of the Mammoet Global Management Board' zou worden, dus bestuursverantwoordelijkheid binnen Mammoet Global zou dragen.'

Bij dit een en ander heeft het hof in aanmerking genomen dat Van Seumeren blijkens haar brief van 1 november 2000 bereid was tot zodanig overleg over zaken als titulatuur en procuratie dat op deze punten een ook voor Stoof aanvaardbaar resultaat kon worden bereikt, alsmede dat Stoof qua salariering van een functiewijziging geen nadelig effect zou ondervinden (rov. 4.21).

2.14. Op grond van het voorgaande is het hof tot de conclusie gekomen dat Mammoet Stoof een onder omstandigheden redelijk en aanvaardbaar voorstel voor een andere functie heeft gedaan (rov. 4.22).

2.15. Uit de tussen partijen gevoerde correspondentie heeft het hof afgeleid dat Stoof de functie zoals Mammoet/Van Seumeren die hem had toebedacht niet heeft willen aanvaarden (rov. 4.23). Daarom heeft het hof ten slotte nog de vraag aan de orde gesteld of aanvaarding door Stoof van de hem voorgestelde functie redelijkerwijs niet van hem kon worden gevergd (rov. 4.24). Van omstandigheden die meebrengen dat van Stoof redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat hij met de wijziging van zijn functie akkoord ging, is volgens het hof echter niet gebleken (rov. 4.25-4.27).

2.16. De slotsom van een en ander is volgens het hof dat Stoof ten onrechte afwijzend heeft gereageerd op de voorstellen van Mammoet tot wijziging van zijn functie en, na zijn hersteldverklaring, ten onrechte afwijzend heeft gereageerd op het verzoek van Mammoet tot werkhervatting (rov. 4.27). De loonvordering van Stoof komt dan ook niet voor toewijzing in aanmerking (rov. 4.28).

2.17. Met zijn tweede grief heeft Stoof zich gekeerd tegen het eindvonnis, voor zover daarin is geoordeeld dat Mammoet ten aanzien van de betaling van de tweede termijn van de 'SIP bonus' een discretionaire bevoegdheid toekomt en dat Mammoet, gebruikmakend van die bevoegdheid, betaling van de tweede termijn kon weigeren, omdat Stoof zich niet positief tegenover de hem gedane voorstellen tot wijziging van zijn functie had opgesteld (rov. 4.29).

2.18. Stoof heeft gesteld dat uit de aan hem gerichtte brief van 27 maart 2000 van Nedlloyd²¹ blijkt dat alleen de beslissing tot toekenning van de 'SIP bonus' op een discretionaire bevoegdheid berust, maar dat als die bonus (zoals hier, aan Stoof) eenmaal is toegekend, Mammoet geen discretionaire bevoegdheid meer heeft die toezegging al dan niet na te komen (rov. 4.30-4.31).

Het hof heeft dit betoog verworpen omdat in de brief aan Stoof zelf wordt gesteld dat hier van een '— discretionary — incentive payment' sprake is (rov. 4.32).

2.19. Het hof heeft de bestreden vonnissen van de kantonrechter bekrachtigd en Stoof als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep veroordeeld.

2.20. Bij exploit van 14 december 2006 heeft Stoof (tijdig) beroep in cassatie van het arrest van 14 september 2006 ingesteld. Mammoet heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun respectieve standpunten schriftelijk doen toelichten. Stoof heeft vervolgens nog gerepliceerd.

3. *Bespreking van de cassatiemiddelen*

3.1. De cassatiedagvaarding richt twee middelen tegen de rov. 4.24-4.28 en 4.32-4.33. Het eerste middel bestaat uit drie onderdelen, het tweede middel uit twee onderdelen.

3.2. Als opmaat tot de in de drie onderdelen ontwikkelde klachten opent middel 1 met de vaststelling dat in deze procedure in geschil is of Stoof als goed werknemer ingevolge art. 7:611 BW was gehouden akkoord te gaan met een voorstel van Mammoet tot wijziging van zijn functie van 'Technical Director' in die van 'adviseur van de directeur', dat met de overname van Mammoet door Van Seumeren en de daarop volgende integratie van die twee ondernemingen samenhang.

3.3. Onderdeel 1 wijst erop dat het hof in rov. 4.6 van het bestreden arrest — gelet op HR 26 juni 1998 (Van der Lely/Taxi Hofman), NJ 1998/767, met juistheid — voorop heeft gesteld dat het voorstel van Mammoet tot wijziging van de functie van Stoof moet worden getoetst aan de algemene regel dat de tussen werkgever en werknemer bestaande verplichting zich over en weer als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen, met zich brengt dat de werknemer op redelijke voor-

²¹ Prod. 12 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging producties.

stellen 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 redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Volgens het onderdeel is de betekenis van die algemene regel door het hof in de rov. 4.24–4.28 echter miskend, althans heeft het hof daar aan die regel een onjuiste toepassing gegeven. De klacht wordt als volgt uitgewerkt.

De norm uit HR 26 juni 1998, *Nj* 1998/767, moet, nu deze (een verplichting tot medewerking aan) terzijdestelling van hetgeen tussen werkgever en werknemer is overeengekomen meebrengt, als een uitwerking van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen het kader van de arbeidsovereenkomst worden begrepen. Dit betekent dat het bij de beoordeling of de werknemer is gehouden een redelijk aanbod tot wijziging van zijn arbeidsovereenkomst te aanvaarden, erop aankomt vast te stellen of afwijzing van dat voorstel door de werknemer – en daarmee ongewijzigde voortzetting van hetgeen partijen contractueel zijn overeengekomen – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De toets

(i) of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer aan ongewijzigde voortzetting van zijn contractuele aanspraken vasthoudt, is een strengere norm dan de toets

(ii) of de werknemer redelijk handelt door een hem aangeboden functiewijziging niet te aanvaarden.

De eerstgenoemde (juiste) toets impliceert immers een terughoudende beoordeling van de (on)redelijkheid van de weigering van de werknemer, terwijl de tweede toets een volle(re) beoordeling van de redelijkheid van de opstelling van de werknemer met zich brengt.

Naar het onderdeel betoogt heeft het hof blijkens de rov. 4.24–4.28 niet onderzocht of de weigering van Stoof om het voorstel van Mammoet te accepteren een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat te zien geeft, maar slechts of aanvaarding daarvan redelijkerwijs (niet) van hem kon worden gevergd, waarmee het hof in het licht van het voorgaande van een onjuiste rechtsopvatting blijk zou hebben gegeven.

3.4. Bij de beoordeling van de klacht stel ik voorop dat een wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, zonder instemming van de werknemer, in het algemeen niet mogelijk is, tenzij de arbeidsovereenkomst een schriftelijk beding bevat dat een zodanige eenzijdige wijziging toestaat. Bij dat laatste gaat het om een zogenaamd

eenzijdig wijzigingsbeding, dat wil zeggen een schriftelijk beding op grond waarvan de werkgever de bevoegdheid heeft in de toekomst de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, zonder dat hij daarvoor de (nadere) toestemming van de werknemer behoeft.²² Op grond van art. 7:613 BW kan de werkgever zich slechts op een eenzijdig wijzigingsbeding beroepen, indien hij bewijst bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang²³ te hebben dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Bij de parlementaire behandeling van de bepaling is het voorgaande ook wel aldus verwoord, dat de werkgever dient aan te tonen '(...) dat sprake is van zodanige omstandigheden dat toepassing van de ongewijzigde regeling van arbeidsvoorwaarden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor hem onaanvaardbaar is.'²⁴ Met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in art. 7:613 BW lijkt de wetgever aansluiting te hebben gezocht bij het 'onaanvaardbaarheids criterium' van art. 6:248 lid 2 BW: een tussen partijen op grond van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.²⁵

Met de invoering van art. 7:613 BW heeft de wetgever onder meer beoogd eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden door werkgevers zoveel mogelijk terug te dringen.²⁶ Aangezien het voor werkgevers weinig moeite zal kosten een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen en (bij diens indiensttreding) de instemming van de werknemer daarmee te verkrijgen, heeft de wetgever in art. 7:613 BW strikte voorwaarden gesteld aan het gebruik van eenzijdige wijzigingsbedingen door werkgevers.²⁷ De regeling van art. 7:613 BW zou aan werknemers een voldoende bescherming bieden bij het gebruik van bedingen waarbij de werknemer verklaart in te stemmen met elke toekomstige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de werkgever.²⁸ Uit de lagere rechtspraak blijkt dat een beroep van de werkgever op een eenzijdig wijzigingsbeding de toets van art. 7:613 BW niet gemakkelijk doorstaat.²⁹

3.5. Als de arbeidsovereenkomst geen eenzijdig wijzigingsbeding bevat, kan de werknemer zijn ge-

22 Vgl. *Kamerstukken II* 1995/06, 24 615, nr. 3, p. 21. Volgens W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak*, *ArA* 2006/3, p. 4–54, in het bijzonder p. 18, bevatten veel 'moderne' arbeidsovereenkomsten een eenzijdig wijzigingsbeding.

23 Bij een zwaarwichtig belang zal het in het algemeen moeten gaan om zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden die tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden noodzakelijk zijn; vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 24.

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

25 Aldus ook W.A. Zondag, a.w., p. 24.

26 *Kamerstukken II* 1995/06, 24 615, nr. 3, p. 21.

27 Zie daarover C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata* (2008), p. 286–289.

28 Vgl. *Kamerstukken II* 1995/06, 24 615, nr. 3, p. 22 en 48.

29 Zie C.J. Loonstra & W.A. Zondag, a.w., p. 286 (en voetnoot 65), alsmede C.J. Smitskam, *Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst*, *PS Documenta* 2007, p. 725–736, in het bijzonder p. 727–729.

houden op redelijke voorstellen van de werkgever die met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houden, in te gaan. Zie daarover HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/767, ook wel bekend als het arrest Taxi Hofman, in het bijzonder rov. 3.4:

'(...) 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 de 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. (...).'

Het uitgangspunt dat de werknemer in beginsel positief behoort in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever die met gewijzigde omstandigheden op het werk, zoals bijvoorbeeld een reorganisatie, verband houden – ook wel aangeduid als de Taxi Hofman-formule –, is door de Hoge Raad herhaald in zijn arresten van 28 april 2000 (Guitoneau/Midnet Tax), *NJ* 2000/565, m.nt. PAS, rov. 3.4 – waarin ook werd beslist dat de Taxi Hofman-formule tevens relevant kan zijn bij de beoordeling of een gegeven ontslag kennelijk onredelijk is – en 14 november 2003 (Drie-S Invest/Mammoet), *NJ* 2004/138, m.nt. GHvV, rov. 3.8.³⁰ In het arrest van 14 november 2003, dat overigens verband houdt met het geschil dat in de onderhavige zaak aan de orde is, is een nuance op de Taxi Hofman-formule aangebracht, in die zin dat de Hoge Raad oordeelde dat niet valt in te zien dat de werknemer (Stoof) redelijkerwijs niet, op de wijze zoals hij heeft gedaan, zou mogen opkomen voor wat hij in verband met de door de werkgever gedane reorganisatievoorstellen als zijn rechten zag (rov. 3.8, laatste volzin). Anders gezegd, de Taxi Hofman-formule staat niet eraan in de weg dat een werknemer die wordt geconfronteerd met een voorgenomen wijziging van zijn func-

tie, daartegen bezwaar maakt en opkomt voor wat hij als zijn rechten ziet. Een positieve houding van de werknemer betekent niet dat hij ieder voorstel voetstoots zou moeten aanvaarden.

3.6. In de literatuur en lagere rechtspraak wordt eenlopend over de reikwijdte van de Taxi Hofman-formule geoordeeld. Een van de vragen, die ook onderdeel 1 aan de orde stelt, betreft de verhouding tussen art. 7:611 BW en de Taxi Hofman-formule enerzijds en de artikelen 7:613 en 6:248 (lid 2) BW anderzijds. Deze vraag wordt in de literatuur³¹ en lagere rechtspraak³² verschillend beantwoord.

Volgens één van de verdedigde opvattingen dienen het goed werknemerschap van art. 7:611 BW en de Taxi Hofman-formule volgens dezelfde norm als vervat in art. 6:248 lid 2 BW te worden uitgelegd: een tussen partijen op grond van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn ('onaanvaardbaarheidsmaatstaf'). Zo schrijft Bouwens dat voor de vraag of in een individueel geval en zonder wijzigingsbeding een werknemer zich bij een wijzigingsvoorstel van de werkgever moet neerleggen, '(...) in ieder geval geen lichtere toets (zal) gelden dan geldt ingevolge art. 613. De Hoge Raad heeft zich daarover nog niet uitgelaten.'³³ En Heerma van Voss schrijft:

'(...) Vaststaat in elk geval dat de Hoge Raad niet is ingegaan op de verhouding van de Taxi Hofman-regel tot de ook in 1998 ingevoerde tekst van art. 7:613 BW. Deze regelt een in de arbeidsovereenkomst opgenomen wijzigingsbeding. Aan het gebruik van een dergelijk beding stelde de wetgever in dit artikel hoge eisen. Het komt ongerijmd voor dat de Hoge Raad tezelfdertijd via de constructie dat de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever dient in te gaan het voor de werkgever veel gemakkelijker maakt om te bewerkstelligen dat de arbeidsovereenkomst op zijn initiatief en tegen de wens van de werknemer in wordt gewijzigd. Deze twee regels zijn mijns inziens slechts met elkaar in verband te brengen indien de rechter terughoudend is met

30 Besproken door W.L. Roozendaal, Vereenzelviging, bindende partijbeslissing en eenzijdige wijziging in het arbeidsrecht, *ArA* 2004/2, p. 84–107.

31 Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen: C.J. Loonstra, M.E.S. Fiselier en B.R. Vink, Ontwikkelingen rechtspraak eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden, *SR* 2007/9, p. 39–46, alsmede W.A. Zondag, a.w., in het bijzonder p. 22–29.

32 Zie de rechtspraak besproken door L.J. de Vroe, Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van art. 7:613 BW, *AR* 2001/2, p. 22–26, en Eenzijdige functiewijziging: tãxiiiii ...!, *AR* 2004/1, p. 3–8; C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx, Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadering door rechters gewenst, *AR* 2005/4, p. 39–46 (in het bijzonder p. 41–45); W.A. Zondag, a.w. p. 23–24 (waarin wordt opgemerkt dat in de recente rechtspraak een afweging van het Taxi Hofman-criterium wel vaak, maar lang niet altijd in het voordeel van de werkgever uitvalt); C.J. Loonstra, M.E.S. Fiselier en B.R. Vink, a.w., p. 39–46; H. Dammingsh en E. Schoenmaker-Tijsseling, Eenzijdige functiewijziging bij disfunctioneren: wanneer mag dat wel, wanneer niet?, *AR* 2007/10, p. 3–10.

33 W.C.L. van der Grinten/J.W.M. van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (2005), p. 75.

het aannemen van de redelijkheid van voorstellen van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te wijzigen als gevolg van veranderde omstandigheden. Mijns inziens zou daarbij de norm dienen te worden aangehouden die art. 6:248 BW geeft voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: de bepaling in de arbeidsovereenkomst wordt ter zijde gesteld voorzover toepassing ervan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, vgl. HR 25 februari 2000, NJ 2000/471, JAR 2000/85 (Vervoersbond FNV/Frans Maas). (...)³⁴

In dit verband valt ook te wijzen op een uitspraak van de rechtbank Zwolle, sector kanton, van 13 juni 2006, JAR 2006/183, PRG 2006, 122, rov. 4.8:

'(...) Volgens artikel 7:613 BW is de eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde op grond van een daartoe strekkend schriftelijk overeengekomen beding slechts toelaatbaar indien de werkgever daarbij een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door die wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest (Taxi Hofman; LK) als voorwaarde gesteld dat het om een redelijk voorstel moet gaan dat de werknemer slechts mag afwijzen als aanvaarding van dat voorstel van hem redelijkerwijs niet kan worden gevergd. Het kan uiteraard niet zo zijn dat een werkgever die bedoeld beding in het arbeidscontract heeft opgenomen aan een zwaardere eis (de aanwezigheid van een 'zwaarwichtig belang') moet voldoen dan een werkgever die dat niet heeft gedaan (een 'redelijk' voorstel dat 'redelijkerwijze' moet worden aanvaard). (...)

3.7. Een argument voor de bedoelde opvatting zou kunnen zijn – zoals Heerma van Voss opmerkt en ook in de geciteerde uitspraak van de kantonrechter Zwolle ligt besloten – dat, nu de wetgever aan het gebruik van art. 7:613 BW hoge eisen heeft gesteld, waarbij vooral moet worden gedacht aan de 'zware' toets van art. 6:248 lid 2 BW, het ongerijmd voorkomt dat de Hoge Raad tegelijkertijd op grond van art. 7:611 BW in samenhang met de Taxi Hofman-formule, bij gebreke van een beding als bedoeld in art. 7:613 BW, het voor de werkgever eenvoudiger maakt om via een 'gewone' redelijkheids-toets te bewerkstelligen dat de arbeidsovereenkomst door hem wordt gewijzigd, omdat de

werknemer niet de vrijheid heeft een daartoe strekkend, redelijk voorstel af te wijzen. In het eerste geval zal de werkgever moeten bewijzen dat hij 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 ('onaanvaardbaarheidsmaatstaf'). In het tweede geval zal de werkgever op grond van de Taxi Hofman-formule slechts aannemelijk behoeven maken dat zijn voorstel tot wijziging redelijk is en, voor zover aan de orde, dat de werknemer onredelijk handelt door dat voorstel af te wijzen. Daarbij gaat het om een 'gewone', althans een ten opzichte van art. 7:613 BW mildere, redelijkheidstoets. Voor eenzijdige wijzigingen van arbeidsovereenkomsten zou op grond van art. 7:613 BW dus een strengere maatstaf gelden dan voor weliswaar niet eenzijdige, maar door de werkgever op grond van art. 7:611 BW in samenhang met de Taxi Hofman-formule af te dwingen wijzigingen.³⁵ Sommigen menen dat de lichte(re) maatstaf van het arrest Taxi Hofman tot gevolg heeft dat art. 7:613 BW tot een dode letter verwordt.³⁶

3.8. De onder 3.6–3.7 bedoelde opvatting wordt ook gehuldigd door Stoof, die (op p. 3, tweede alinea, van de cassatiedagvaarding) betoogt dat het bij de beoordeling of de werknemer is gehouden een redelijk aanbod tot wijziging van de arbeidsovereenkomst te aanvaarden, erop aankomt vast te stellen of afwijzing van dat voorstel door de werknemer, en daarmee ongewijzigde voortzetting van hetgeen partijen, contractueel zijn overeengekomen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Volgens het onderdeel impliceert die toets een terughoudende beoordeling van de (on)redelijkheid van de weigering van de werknemer, terwijl de toets of de werknemer onredelijk handelt door een hem aangeboden functiewijziging niet te aanvaarden, een volle(re) beoordeling van de redelijkheid van de opstelling van de werknemer met zich brengt.

3.9. Er is een andere opvatting³⁷, volgens welke de art. 7:611, 7:613 en 6:248 lid 2 BW elk hun eigen toepassingsgebied hebben, afhankelijk van de vraag waarop de voorgenomen wijziging betrekking heeft. Tevens zouden die bepalingen verschillende criteria omvatten, met de Taxi Hofman-formule als lichtste en de 'onaanvaardbaarheidstoets' van art. 6:248 lid 2 BW als zwaarste criterium. In dat verband wordt wel verdedigd dat art. 7:613 BW in het bijzonder van

34 Arbeidsovereenkomst, Losbladig, art. 7:611 BW, aant. 5.4.1 (G.J.J. Heerma van Voss). Vgl. ook W.A. Zondag, a.w., p. 27–28: 'Het is in de tweede plaats denkbaar dat er – gelet op de expliciete gelijkschakeling van artikel 7:611 BW aan artikel 6:248 BW – inhoudelijk geen verschil bestaat tussen de Taxi Hofman-toets en de onaanvaardbaarheidstoets, althans voor zover het de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, waarbij een contractsbepaling opzij wordt gezet, betreft. De formulering van de kernoverweging uit Taxi Hofman moet dan worden geïnterpreteerd als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW.'

35 Volgens C.J. Smitskam, a.w., p. 727, en p. 730, wordt dit door de lagere rechtspraak ook bevestigd: een beroep op de Taxi Hofman-toets zou eerder worden gehonoreerd dan een beroep op art. 7:613 BW.

36 Zie L.J. de Vroe, Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van art. 7:613 BW, AR 2001/2, p. 22–26.

37 Zie de door W.A. Zondag, a.w., op p. 24–25, in het bijzonder in voetnoot 71, genoemde literatuur. Zondag zelf deelt de aldaar beschreven opvatting overigens niet (p. 25, p. 28–29 en p. 44). Zie ook R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, AI 2004, p. 31–36, in het bijzonder p. 33–34, alsmede C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx, a.w., in het bijzonder p. 40.

belang zou zijn voor een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden met betrekking tot meerdere werknemers (collectieve regelingen), terwijl art. 7:611 BW en de Taxi Hofman-formule vooral voor individuele wijzigingen van belang zouden zijn. Bij dat laatste valt te denken aan een functiewijziging, een overplaatsing, de bij de functie behorende beloning van één werknemer of een individuele aanpassing van het rooster. Dat bij de wijziging van collectieve regelingen op grond van art. 7:613 BW de, ten opzichte van de Taxi Hofman-formule, 'zwaardere' toets van het al dan niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken van het belang van de werknemer geldt, zou worden gerechtvaardigd tegen de achtergrond van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in een onderneming.³⁸ Bovendien zou art. 7:613 BW ertoe strekken te voorkomen dat een werkgever die een wijziging in een arbeidsvoorwaarde wil doorvoeren die voor alle werknemers geldt, daarvoor aan iedere individuele werknemer toestemming zou moeten vragen.³⁹ De 'onaanvaardbaarheidsmaatstaf' van art. 6:248 lid 2 BW, ten slotte, zou slechts gelden voor wijzigingen van collectieve regelingen in het geval de arbeidsovereenkomst geen eenzijdig wijzigingsbeding bevat.⁴⁰ Is zo'n beding wel aanwezig, dan geldt niet art. 6:248 BW, maar art. 7:613 BW.

Deze opvatting wordt in de lagere rechtspraak niet altijd gevolgd. Dat blijkt onder meer uit het rechtspraakonderzoek van Loonstra, Fiselier en Vink. Zij schrijven daarover het volgende:⁴¹

'(...) In de gepubliceerde rechtspraak in 2005 en 2006 is het onderscheid 'collectief of individueel' niet het eerste hetgeen de kantonrechter zich afvraagt. Die eerste vraag lijkt veeleer te luiden of er een contractuele grondslag is voor eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Met andere woorden, of partijen een eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW in de arbeidsovereenkomst hebben opgenomen. Is dat het geval, dan wordt de maatstaf van dit wetsartikel toegepast, ook (regelmatig) als het geschil in de sleutel van verzet van één werknemer staat. Is dit niet het geval, dan rijst de vraag of het geschil langs de lijnen van het Taxi Hofman-criterium moet worden beslecht of op basis van de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Anders dan Beltzer zou wensen, wordt dan bij geschillen over een individuele wijziging niet altijd voor het Taxi Hofman-criterium gekozen en voor geschillen over een wijziging van een collectieve rege-

ling niet altijd voor art. 6:248 lid 2 BW. Het Taxi Hofman-criterium wordt immers – zo bleek – ook bij collectieve wijzigingsvoorstellen toegepast. Wel blijkt uit de in 2005 en 2006 gepubliceerde rechtspraak dat in de meerderheid van de geschillen over een collectieve wijziging waarbij partijen geen art. 7:613 BW-beding zijn overeengekomen, de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW wordt toegepast. In die zin zien we wel degelijk een ontwikkeling waarbij het onderscheid individueel versus collectief relevant wordt, maar wel nadat eerst wordt vastgesteld of een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen.'

3.10. Art. 7:611 BW, waarin de Taxi Hofman-formule wortelt, bepaalt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. In zijn advies bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot het huidige art. 7:611 BW heeft de Raad van State opmerkingen gemaakt over de verhouding tussen het voorgestelde art. 611 en de art. 6:2 en 6:248 BW. De Raad van State was niet van de noodzaak van het opnemen van de voorgestelde bepaling overtuigd: 'Het college betwijfelt (...) of dit artikel nog aanvullende betekenis heeft naast de artikelen 2 en 248 van Boek 6, waarin de functie van de redelijkheid en de billijkheid tussen partijen is neergelegd.'⁴² Niettemin heeft de wetgever gemeend dat opnemings van het voorgestelde art. 611 naast de algemene bepalingen inzake de redelijkheid en billijkheid van boek 6 BW nuttig is:

'Zoals onder het oude recht geopperd kan worden of hetzelfde niet reeds uit de artikelen 1374 lid 3 en 1375 B.W. kan afgeleid worden, zo kan men ook vragen of dit voorgestelde artikel strikt juridisch wel noodzakelijk is naast de artikelen 2 en 248 van Boek 6 B.W. De speciale vermelding hier ter plaatse blijft echter waardevol, omdat de bepaling – zoals ook bij de totstandkoming daarvan is bedoeld – niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen. In het bijzonder de verwijzing naar de norm van het goed werkgeverschap van artikel 1638z heeft in de loop der jaren de mogelijkheid geboden om rekening te houden met de ontwikkeling in rechtsopvattingen. Gewezen kan worden op de jurisprudentie met betrekking tot de verplichting van de werkgever een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in staat te stellen arbeid te verrichten die voor zijn krachten is berekend (HR 8 november 1985, NJ 1986/309). Een uitdrukkelijke verwijzing naar het goed werkgeverschap is dan op haar plaats. Zo wordt beter aangesloten bij de eigen aard en terminologie van het arbeidsrecht en zal het voor de

38 W.A. Zondag, a.w., p. 27.

39 C.J. Smitskam, a.w., p. 736.

40 Vgl. R.M. Beltzer, a.w., p. 34–35; C.J. Smitskam, a.w., p. 731–732 en p. 735–736. C.J. Loonstra, M.E.S. Fiselier en B.R. Vink, a.w., p. 43, merken met betrekking tot de door hen bestudeerde rechtspraak op: 'De toets aan art. 6:248 lid 2 BW werd in de grootste meerderheid van de gevallen (vijf van de zes) aangelegd met betrekking tot een gewenste collectieve wijziging in situaties waarin geen art. 7:613-beding was gesloten.' Vgl. ook W.A. Zondag, a.w., p. 27.

41 C.J. Loonstra, M.E.S. Fiselier en B.R. Vink, a.w., p. 43/44.

42 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, B, p. 4.

partijen bij de arbeidsovereenkomst gemakkelijker levend recht zijn.⁴³
 In dit verband valt ook te wijzen op het nader rapport van de minister van Justitie:⁴⁴

'Zoals in de memorie van toelichting aangeduid wordt de vraag waartoe redelijkheid en billijkheid verplichten mede bepaald door de bijzondere verhouding waarin werkgever en werknemer tot elkaar staan. Vooral de verwijzing naar de eisen die het goed werkgeverschap van artikel 1638z stelt, blijkt de rechter de mogelijkheid te geven bij de bepaling van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen in belangrijke mate rekening te houden met de ontwikkeling in rechtsopvattingen. (...) De vooraanstaande plaats van de redelijkheid en billijkheid rechtvaardigt een uitdrukkelijke verwijzing in het nieuwe arbeidsovereenkomstenrecht naar de norm van het goed werkgeverschap.'

Overigens nam de minister van Justitie het standpunt in dat de regeling van art. 7:611 BW goed in de opzet van boek 7 BW past, nu daarin ook voor andere bijzondere overeenkomsten preciseringen als die van art. 7:611 BW zijn opgenomen. In dit verband heeft de minister gewezen op art. 7:401 BW inzake opdracht en art. 7:602 BW inzake bewaarneming.⁴⁵

3.11. Dat art. 7:611 BW uitdrukking geeft aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid zoals vervat in de art. 6:2 en 6:248 BW, vindt bevestiging in HR 30 januari 2004 (Parallel Entry/KLM), JAR 2004/68. Het ging in die zaak om de vraag of KLC-vliegers op grond van het in HR 8 april 1994, NJ 1994/704, m.nt. PAS, bedoelde rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat, aanspraak op hetzelfde salaris en dezelfde senioriteit als KLM-vliegers kunnen maken (rov. 3.3, 1e alinea). De Hoge Raad overwoog:

'3.3.

(...) In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW, in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden. (...) Tevens volgt hieruit dat bij de beoordeling van de vraag of een overeengekomen ongelijkheid in beloning op grond van dit beginsel als ongeoorloofd moet worden beschouwd en derhalve ongedaan gemaakt moet worden, een terughoudende toetsing op haar plaats is, aangezien het hier gaat om een toetsing van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art 6:248 lid 2 BW en dat derhalve deze vraag slechts bevestigend kan worden beantwoord indien de ongelijkheid in

beloning naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. (...)'⁴⁶

Zie voorts rov. 3.5.2:

'(...) Zoals hiervoor in 3.3 is overwogen, betekent dit dat de vraag of het onderscheid verboden is en de overeengekomen overgangsregeling derhalve buiten toepassing moet worden gelaten, slechts bevestigend kan worden beantwoord, indien dit onderscheid naar de ingevolge art. 7:611 BW toepasselijke maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. (...)'

3.12. De regeling van het goed werkgever- en werknemerschap van art. 7:611 BW is derhalve op te vatten als een specifieke, op het arbeidsrecht geënte uitwerking van de algemene regeling betreffende de redelijkheid en billijkheid van de art. 6:2 en 6:248 BW. Om op zichzelf begrijpelijke redenen heeft de wetgever aan een afzonderlijke arbeidsrechtelijke bepaling boven de genoemde algemene bepalingen de voorkeur gegeven.⁴⁷ Waar het beginsel van een goed werkgever- en werknemerschap kan worden beschouwd als de arbeidsrechtelijke evenknie van de art. 6:2 en 6:248 BW, ligt het voor de hand om in verband met een mogelijk derogerende werking van het beginsel aansluiting te zoeken bij de terughoudende (onaanvaardbaarheids) toets van art. 6:248 lid 2, zoals de Hoge Raad (voor het beginsel van een goed werkgeverschap) in de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen uit het arrest van 30 januari 2004 (Parallel Entry/KLM), JAR 2004/68, ook uitdrukkelijk heeft aanvaard.

3.13. Met het vorengaande is naar mijn mening echter niet gezegd dat de toetsing aan de Taxi Hofman-formule (in de woorden van het arrest Parallel Entry) 'een toetsing van gelijke aard (is) als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art 6:248 lid 2 BW'.

De bewoordingen van het arrest Taxi Hofman bieden géén duidelijke aanwijzingen dat de Hoge Raad in dat arrest inderdaad derogerende werking van het beginsel van een goed werknemerschap voor ogen had. Zodanige aanwijzingen zijn naar mijn mening ook niet gelegen in de omstandigheid dat de Hoge Raad heeft gesproken van 'redelijke voorstellen' van de werkgever, verband houdende

46 Volgens sommige auteurs zou de regel die uit de geciteerde rechtsoverweging volgt alleen gelden voor de wijziging van collectieve regelingen. Vgl. R.M. Beltzer, a.w., p. 34-35.'

47 Zie T. van Peijpe, De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht, in: P.F. van der Heijden (red.), De arbeidsovereenkomst in het NBW (1991), p. 24: 'In vele gevallen gaan de betrokken belangen de grenzen van het vermogensrecht te buiten. Het gaat om typisch arbeidsrechtelijke aangelegenheden, waarvoor een afzonderlijke arbeidsrechtelijke bepaling meer geschikt is dan de algemene bepalingen in de sfeer van het vermogensrecht, zoals art. 2 en 248boek 6. Voor de invulling van de begrippen 'goed werkgever' en 'goed werknemer' kan niet volstaan worden met strekking en inhoud van bepalingen van burgerlijk recht, er dient ook gekeken te worden naar andere arbeidsrechtelijke regelingen, zoals de Wet op de ondernemingsraden, de Arbeidsomstandighedenwet, bepalingen van het Europees Sociaal Handvest en cao-bepalingen; ook met het oog op deze samenhang is een afzonderlijk artikel als art. 611 (1638z/1638d) wenselijk.'

43 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15.'

44 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. B, p. 3-4.

45 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. B, p. 4.

met gewijzigde omstandigheden op het werk, waarop de werknemer in het algemeen positief behoort in te gaan en die hij alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan 'redelijkerwijs' niet van hem kan worden gevergd. Juist waar het gaat om de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid pleegt de Hoge Raad hoge eisen te stellen aan de precisie waarmee de feitenrechter zich uitdrukt. Formuleringen die uitsluitend refereren aan wat als 'redelijk' en 'billijk' is te beschouwen, zonder dat daarbij óók het bestanddeel van de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt betrokken, vinden in de ogen van de Hoge Raad doorgaans geen genade.⁴⁸ Reeds in dat licht is het weinig aannemelijk dat de Hoge Raad, indien hij zou hebben beoogd in het arrest Taxi Hofman 'een toetsing van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art 6:248 lid 2 BW' voor te schrijven, dat niet zou hebben gedaan in termen die dat oogmerk buiten iedere twijfel stellen. Van dat laatste is echter geen sprake. Naar ook Bungener⁴⁹ in zijn recente dissertatie opmerkt, wijzen de bewoordingen van het arrest Taxi Hofman, en in het bijzonder de overweging dat 'zij (de verplichting die de Taxi Hofman-formule op de werknemer legt; LK) (...) niet meer (betekent) dan dat, behalve de werkgever, ook de werknemer zich in zijn contractuele verhouding tot de wederpartij redelijk behoort op te stellen', veeleer op de aanvullende dan op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

3.14. In het arrest Taxi Hofman (en in de latere arresten waarin de Taxi Hofman-formule is bevestigd) is de Hoge Raad niet ingegaan op de bepaling van art. 7:613 BW, alhoewel ten tijde van het uitspreken van dat arrest (op 26 juni 1998) art. 7:613 BW (dat op 4 maart 1998 in werking trad) in zijn huidige versie (zoals vervat in art. II onder A van de Wet van 14 februari 1998, *Stb.* 107) reeds gold. In die bepaling heeft de Hoge Raad kennelijk géén aanleiding gezien de op de ('goede') werknemer rustende verplichtingen te relateren aan het in art. 7:613 BW vervatte criterium van 'een zodanig zwaarwichtig belang (...) (van de werkgever) dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken'.

Anders dan in de literatuur wel wordt verdedigd, leidt het ontbreken van een afstemming van de Taxi Hofman-formule op art. 7:613 BW naar mijn mening niet tot ongerijmde discrepanties. In de discussie

over de verhouding tussen de Taxi Hofman-formule en art. 7:613 BW worden de verschillende, door die normen bestreken gevallen mijns inziens te gemakkelijk op één en dezelfde noemer gebracht, te weten die van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de werkgever. Een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden (eenzijdig in die zin dat de werkgever op grond van diens wijzigingsbevoegdheid waarmee de werknemer ooit heeft ingestemd, geen nadere instemming met de door hem gewenste wijziging behoeft) is wél aan de orde in de situatie waarop art. 7:613 BW ziet, maar niet in de situatie waarop de Taxi Hofman-formule betrekking heeft en waarin werkgever en werknemer juist overeenstemming over de door de werkgever gewenste wijziging van de arbeidsvoorwaarden dienen te bereiken. Aan dat laatste doet niet af dat de Taxi Hofman-formule de speelruimte van de werknemer in het overleg over redelijke voorstellen van de werkgever beperkt en daarbij inderdaad hogere eisen stelt dan dat de werknemer zich in dat overleg (slechts) onthoudt van een opstelling die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat het tussen werkgever en werknemer (als 'goed' werkgever en 'goed' werknemer) te voeren overleg onder omstandigheden tot een resultaat kan leiden dat de werkgever niet door enkele toepassing van een eenzijdig wijzigingsbeding (zonder enig overleg met de werknemer over de betrokken wijziging) zou kunnen afdwingen, acht ik op zichzelf geenszins ongerijmd.

Het verschil tussen de toets van de Taxi Hofman-formule en die van art. 7:613 BW is overigens maar relatief, nu ook de in het kader van art. 7:613 BW toe te passen toets niet zonder meer met de (onaanvaardbaarheids)toets van art. 6:248 lid 2 BW overeenstemt. Weliswaar wordt in de parlementaire stukken soms de formulering 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' gehanteerd, maar ook de formuleringen 'redelijkheid en billijkheid' of 'redelijk', zonder enige verwijzing naar de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW, komen daarin voor.⁵⁰ Het criterium van art. 7:613 BW ('daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken') is niet hetzelfde als dat van art. 6:248 lid 2 BW ('naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'). Zoals hiervóór (onder 3.9) al aan de orde kwam, wordt mede daarom in de literatuur wel het standpunt ingenomen dat (ook) de toetsing van art. 7:613 BW een lichtere is dan die van art. 6:248 lid 2 BW.⁵¹

Het verschil tussen de norm van de Taxi Hofman-formule en die van art. 7:613 BW hoeft voorts geen bezwaar te zijn, indien juist is dat, zoals in de literatuur wel wordt verdedigd,⁵² beide normen hun eigen toepassingsgebied hebben, en wel in die zin

48 Zie voor een voorbeeld betreffende de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW op het in stand moeten laten van een suppletie-regeling waarvan de werkgever wijziging wenste HR 25 februari 2000, NJ 2000/471, m.nt. ARB, rov. 3.4.

49 A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief* (2008), p. 241/242. Bungener stelt zich overigens op het standpunt, dat de Taxi Hofman-formule een (te) vérgaande toepassing van art. 6:248 lid 1 BW vormt en dat het beter zou passen bij het systeem van de open normen als de feitelijke situatie van het arrest Taxi Hofman op grond van de strenge en terughoudende norm van art. 6:248 lid 2 BW was beoordeeld.

50 A.F. Bungener, a.w., p. 247-250.

51 Ook A.F. Bungener, a.w., p. 247 en p. 250, neemt dat standpunt in.

52 Zie hiervóór onder 3.9.

dat art. 7:613 BW voor wijzigingen van collectieve regelingen en de Taxi Hofman-formule voor aanpassingen van de individuele rechtspositie van belang is. Aan die opvatting kan in zoverre geen steun in de wetsgeschiedenis worden ontzegd, dat art. 7:613 BW blijkens zijn geschiedenis van totstandkoming in het bijzonder ertoe strekt het (ondanks de gelding van een eenzijdig wijzigingsbeding bestaande) belang van de werknemer bij het vereiste van zijn instemming met concrete wijzigingen in zijn arbeidsvoorwaarden enerzijds en het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden anderzijds te verzoenen. Daarop wijst niet alleen dat in het oorspronkelijk voorgestelde tweede lid was bepaald dat de werkgever wordt vermoed een voldoende zwaarwichtig belang te hebben 'indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad', maar ook de navolgende passage in de nota naar aanleiding van het verslag (die gelijktijdig met de nota van wijziging,⁵³ houdende onder meer de intrekking van dat voorgestelde tweede lid, door de Tweede Kamer werd ontvangen):⁵⁴

'Het is goed in het oog te houden wat de achterliggende gedachte is van artikel 613 BW. Aan de ene kant is er het belang van de werknemer om beschermd te worden tegen de mogelijkheid dat de werkgever zonder de instemming van de werknemer wijzigingen aanbrengt in de arbeidsovereenkomst. Aan de andere kant is er het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden, ook van die welke niet bij CAO zijn geregeld. De eis dat hij van iedere individuele werknemer instemming moet verkrijgen voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst, zou niet alleen kostbaar en tijdrovend zijn, maar zou bovendien tot gevolg hebben dat na verloop van tijd, wanneer hij verschillende wijzigingen heeft willen doorvoeren, het arbeidsvoorwaardenregime per werknemer verschilt. Wij hebben deze twee belangen, die op het eerste gezicht met elkaar op gespannen voet staan, willen verenigen.'

3.15. Op grond van het voorgaande meen ik dat het eerste onderdeel tevergeefs klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting zou hebben blijk gegeven door niet te onderzoeken of de weigering van Stoof om het voorstel van Mammoet te accepteren, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.16. Onderdeel 2 klaagt dat het hof bij de beoordeling of Stoof in redelijkheid was gehouden het hem gedane voorstel te aanvaarden, in de rov. 4.25-4.26 slechts acht heeft geslagen op de door Stoof aangevoerde omstandigheden dat

(i) hem was toegezegd dat de overname door Van Seumeren geen effect zou hebben op zijn rechtspositie en

(ii) de van zijn arbeidsovereenkomst deel uitmakende 'Job Description' hem bescherming tegen door hem niet gewenste wijzigingen van zijn functie-inhoud zou bieden, zulks terwijl het hof blijkens rov. 4.25, eerste volzin, tweede zinsnede, heeft onderkend dat Stoof, naast die twee omstandigheden, heeft gewezen op een aantal andere omstandigheden die naar zijn mening evenzeer bij die beoordeling dienden te worden betrokken.

Wat die andere omstandigheden betreft, herinnert het onderdeel eraan dat Stoof bij memorie van grieven onder 46 heeft aangevoerd dat bij de beoordeling of hij redelijkerwijs was gehouden het hem gedane voorstel te accepteren, ook

(a) de opstelling van Van Seumeren en Mammoet in het kader van het overleg over de wijziging van zijn functie en

(b) de inhoud van het hem gedane voorstel moesten worden betrokken.

Desondanks heeft het hof de onder (a) en (b) genoemde omstandigheden niet betrokken in de (eind)afweging of Stoof redelijkerwijs was gehouden het hem gedane voorstel te aanvaarden (rov. 4.25-4.26), maar uitsluitend in de daaraan voorafgaande beoordeling of van een redelijk voorstel (rov. 4.15-4.22) en van open overleg daarover (rov. 4.10-4.14) sprake was.

Als het hof van oordeel zou zijn geweest dat de onder (a) en (b) genoemde omstandigheden niet ook (nog eens) moesten worden betrokken bij de (eind)afweging of Stoof redelijkerwijs was gehouden het hem gedane voorstel te aanvaarden, is het hof volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan, daar het bij die (eind)afweging op een afweging van alle omstandigheden van het geval aankomt. Indien het hof dit laatste niet zou hebben miskend, zou het zijn oordeel dat van Stoof redelijkerwijs kon worden geveerd het voorstel van Mammoet te aanvaarden, onvoldoende hebben gemotiveerd, althans geen inzicht in zijn gedachtegang met betrekking tot de onder (a) en (b) genoemde omstandigheden hebben geboden.

3.17. Het onderdeel kiest terecht als uitgangspunt dat bij de beoordeling van de vraag of Stoof redelijkerwijs was gehouden het hem gedane voorstel tot wijziging van zijn functie te aanvaarden, in beginsel alle omstandigheden van het geval dienen te worden betrokken. In de opvatting dat het hof de door het onderdeel onder (a) en (b) genoemde omstandigheden bij die beoordeling ten onrechte buiten beschouwing zou hebben gelaten, althans geen inzicht zou hebben geboden in zijn gedachtegang met betrekking tot die omstandigheden, en dat in verband met dit een en ander géén betekenis zou toekomen aan hetgeen het hof in de rov. 4.10-4.23 over die omstandigheden heeft overwogen, kan ik het onderdeel echter niet volgen. Het is evident dat het hof, hetgeen het in de rov. 4.10-4.23 over de door het onderdeel onder (a) en (b) bedoelde omstandig-

⁵³ Kamerstukken II, 1996/97, 24 615, nr. 10.

⁵⁴ Kamerstukken II, 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 31.

heden heeft overwogen, mede redengevend heeft geacht voor zijn oordeel in rov. 4.27 dat van Stoof redelijkerwijs kon worden gevergd dat hij met de wijziging van zijn functie akkoord ging. Dat het hof, hetgeen het in de rov. 4.10–4.23 heeft overwogen, mede heeft betrokken bij de beoordeling of van Stoof redelijkerwijs kon worden gevergd de voorgestelde nieuwe functie te aanvaarden, blijkt reeds uit rov. 4.25, eerste volzin: 'Op dat punt (de vraag of aanvaarding door Stoof van de hem voorgestelde nieuwe functie redelijkerwijs niet kon worden gevergd; LK) heeft Stoof, naast de omstandigheden die hierboven al zijn besproken, nog naar voren gebracht dat (...) (onderstreping toegevoegd; LK). In rov. 4.27, eerste volzin, heeft het hof, na een bespreking van de resterende, door Stoof 'nog' naar voren gebrachte omstandigheden (rov. 4.25–4.26), geoordeeld dat '(h)et voorgaande leidt tot de conclusie dat van omstandigheden die meebrengen dat van Stoof redelijkerwijs niet gevergd kon worden dat hij met de wijziging van zijn functie akkoord ging, niet is gebleken (...)'. Onmiskenbaar omvat '(h)et voorgaande' in die volzin ook de bespreking van de door het onderdeel onder (a) en (b) bedoelde omstandigheden in de rov. 4.10–4.23.

3.18. Onderdeel 3 keert zich met een motiveeringsklacht tegen rov. 4.26, laatste volzin, waarin het hof heeft overwogen: 'Anderzijds ziet Stoof er aan voorbij dat ook onder de vigeur van de Job Description van hem kon worden verlangd dat hij in beginsel niet bij voorbaat afwijzend zou staan tegenover voorstellen tot wijziging van zijn functie die verband hielden met de wijzigingen op het werk.' Het onderdeel betoogt dat in deze rechtsoverweging het (impliciete) oordeel ligt besloten dat Stoof 'in beginsel bij voorbaat afwijzend' stond tegenover het hem gedane voorstel tot wijziging van zijn functie. Dat oordeel van het hof zou onbegrijpelijk zijn, want innerlijk tegenstrijdig met de feiten die het hof in rov. 4.11 heeft vastgesteld met betrekking tot de wijze waarop Stoof heeft gereageerd op het voorstel tot wijziging van zijn functie dat hem voor het eerst tijdens een management-meeting in het weekend van 19/20 augustus 2000 werd voorgehouden.

Het onderdeel wijst erop dat het hof in rov. 4.11 heeft vastgesteld dat Stoof bij brief van 29 september 2000 aan de directie van Mammoet heeft geschreven dat de voorgenomen verhuizing naar Schiedam nogal wat consequenties voor zijn positie had en dat hij daarin heeft aangegeven dat hij, alvorens een besluit ten aanzien van zijn nieuwe functie te kunnen nemen, een nieuwe arbeidsovereenkomst voorgelegd zou willen hebben. In het licht van deze feiten die het hof heeft vastgesteld ten aanzien van de (eerste) reactie van Stoof op het hem gedane voorstel, is onbegrijpelijk hoe het hof in rov. 4.26 klaarblijkelijk tot het oordeel is gekomen dat Stoof zich 'bij voorbaat afwijzend' tegenover het voorstel van Mammoet zou hebben opgesteld. Zonder nadere toelichting, die in rov. 4.26 ontbreekt, is niet inzichtelijk hoe uit het feit dat een werknemer aangeeft

zich te willen beraden op de vraag of hij een voorstel van de werkgever zal aanvaarden, volgt dat die werknemer daar 'bij voorbaat afwijzend' tegenover staat, aldus het onderdeel.

3.19. Naar mijn mening berust het onderdeel op een onjuiste lezing van het bestreden arrest, waar het betoogt dat in rov. 4.26, laatste volzin, het (impliciete) oordeel ligt besloten dat Stoof 'in beginsel bij voorbaat afwijzend' tegenover het hem gedane voorstel tot wijziging van zijn functie stond. In verband met de vraag of aanvaarding van de hem voorgestelde nieuwe functie redelijkerwijs van hem kon worden gevergd (rov. 4.24), heeft Stoof zich onder meer op het standpunt gesteld dat '(...) in de arbeidsovereenkomst respectievelijk de daarvan onderdeel uitmakende functieomschrijving ('Job Description') gestipuleerd is dat alle 'major changes' in de functieomschrijving moeten worden besproken en overeengekomen in de 'Directors Meeting', waarvan Stoof als technisch directeur zelf deel uitmaakte, en dat alle overeengekomen aanpassingen op schrift moeten worden gesteld. Volgens Stoof biedt deze regeling hem bescherming tegen door hem niet gewenste eenzijdige wijzigingen van zijn functie-inhoud' (rov. 4.25, tweede en derde volzin). Naar aanleiding van dat standpunt heeft het hof allereerst overwogen dat Stoof '(...) miskent dat daarin (in de 'Job Description', LK) niet valt te lezen dat slechts wijzigingen in de functie van een directeur kunnen worden aangebracht indien ook de betrokken directeur, in dit geval Stoof daarin zelf toestemt' (rov. 4.26, vierde volzin). Vervolgens heeft het hof (in rov. 4.26, vijfde volzin) overwogen dat Stoof '(a)nderzijds (...) er aan voorbij (ziet) dat ook onder de vigeur van de Job Description van hem kon worden verlangd dat hij in beginsel niet bij voorbaat afwijzend zou staan tegenover voorstellen tot wijziging van zijn functie die verband hielden met de wijzigingen op het werk.'

In deze overwegingen, in hun onderlinge samenhang gezien, ligt mijns inziens niet het oordeel besloten dat Stoof daadwerkelijk bij voorbaat afwijzend tegenover het hem gedane voorstel tot wijziging van zijn functie stond, maar dat Stoof, ook onder vigeur van de 'Job Description', hem gedane voorstellen niet bij voorbaat mocht afwijzen maar – als 'goed werknemer' – tot overleg daarover met Mammoet was gehouden, en voorts dat de 'Job Description' op zichzelf niet met zich brengt dat Stoof, door niet met een voorstel in te stemmen, de volgens die beschrijving vereiste overeenstemming in de 'Directors Meeting' zou kunnen verhinderen. Op deze twee gronden (die de bestreden beslissing overigens elk voor zich zelfstandig kunnen dragen) heeft het hof geoordeeld dat ook de 'Job Description' niet aan toepassing van de Taxi Hofman-formule in de weg staat.

3.20. Onderdeel 1 van middel 2 komt met een motiveringsklacht op tegen het oordeel van het hof over de vraag of Stoof jegens Mammoet aanspraak heeft op betaling van de tweede termijn van de hem bij brief van 27 maart 2000 toegekende 'SIP bonus'.

Stoof heeft zich op het standpunt gesteld dat de inhoud van die brief geen andere uitleg toelaat dan dat, wanneer de bonus eenmaal is toegekend – zoals in het geval van Stoof is gebeurd – aan Mammoet vervolgens geen discretionaire bevoegdheid meer toekomt om al dan niet tot betaling van de tweede termijn over te gaan (mits Stoof aan de voor betaling gestelde voorwaarde voldoet). Het onderdeel keert zich tegen rov. 4.32 waarin het hof heeft overwogen dat de omstandigheid dat in voornoemde brief aan Stoof wordt gesteld dat van een 'discretionary bonus' sprake is, leidt tot het oordeel dat de lezing van Stoof van die brief niet aannemelijk is.

Die in rov. 4.32 neergelegde beslissing zou volgens het onderdeel onbegrijpelijk zijn, omdat uit de bewoordingen van voornoemde brief ondubbelzinnig blijkt dat de toekenning van de bonus weliswaar berust op een discretionaire bevoegdheid van de werkgever, maar dat de daarop volgende betaling (van de tweede helft) van de bonus slechts afhankelijk is gesteld van de voorwaarde dat de werknemer op dat moment, zes maanden na betaling van de eerste termijn, nog op de loonlijst van de werkgever staat en niet op zijn initiatief uit dienst is getreden, zodat de werkgever zich terzake van die betaling geen discretionaire bevoegdheid heeft voorbehouden.

3.21. De door Mammoet aan Stoof gerichte (en door Nedlloyd medeondertekende) brief van 27 maart 2000⁵⁵ inzake 'Special incentive plan' ('SIP') vermeldt onder meer het volgende:

'(...) We refer to discussions on 22nd January 1999 in Amsterdam where I presented a rough outline of a proposed incentive plan for senior executives of Mammoet Transport B.V., which was aimed at rewarding you for your significant contributions in increasing the 'shareholders value' of the company in order to put it in the best possible position for a 'future outside Nedlloyd'.

(...)
In order to reward your efforts to date and your contribution towards the future health of Mammoet Transport we are happy to let you know that we have decided that you – as one of a selected number of senior executives – will be eligible to receive this special – discretionary – incentive payment, along the following guidelines and conditions.

The maximum amount of this incentive payment amounts to NLG 184.300 gross, and the payment will be effected as follows.

(...)
The second half will be paid on the first regular payday after six months after payment of the first part on the condition that you should still be on the payroll of the (new) company, or should not have left service at your own initiative.

(...)

Eind juli 2000, toen van een functiewijziging van Stoof nog geen sprake was, heeft Stoof van Mammoet de eerste termijn van deze betaling ontvangen.⁵⁶ De tweede termijn is door Mammoet niet betaald. Mammoet heeft zich op het standpunt gesteld dat zij niet tot betaling van die tweede termijn behoefde over te gaan, omdat Stoof zich niet positief ten aanzien van de hem gedane voorstellen tot wijziging van zijn functie had opgesteld (vgl. rov. 4.29). Stoof daarentegen heeft betoogd dat uit de geciteerde brief blijkt dat weliswaar de beslissing tot toekenning van de 'SIP bonus' op een discretionaire bevoegdheid berust, maar dat, als die 'SIP bonus' eenmaal is toegekend, Mammoet geen discretionaire bevoegdheid meer heeft die toezegging al dan niet gestand te doen (rov. 4.31). Evenals de kantonrechter heeft het hof dit standpunt van Stoof verworpen:

'4.32.

De omstandigheid dat in de brief aan Stoof zelf wordt gesteld dat sprake is van een '– discretionary – incentive payment', leidt het hof tot het oordeel dat de lezing van Stoof niet aannemelijk is. Nu Stoof zich niet op andere omstandigheden dan de tekst van de bonustoezeggingsbrief zelf beroept en zijn stellingen overigens ook niet concreet te bewijzen aanbiedt, moet de conclusie zijn dat Stoof de brief redelijkerwijs niet zo heeft mogen opvatten.'

3.22. Hoewel de uitleg van de stukken in belangrijke mate aan de feitenrechter is voorbehouden en de door die rechter gegeven uitleg in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst, meen ik dat de tegen rov. 4.32 gerichte klacht doel treft. Uit de brief van 27 maart 2000 blijkt dat de strekking van de SIP-bonus is '(...) rewarding you for your significant contributions in increasing the 'shareholders value' of the company in order to put it in the best possible position for a 'future outside Nedlloyd'.' In die brief maakt Mammoet duidelijk dat zij (samen met Nedlloyd) '(...) have decided that you – as one of a selected number of senior executives – will be eligible to receive this special – discretionary – incentive payment'. Aan de uitbetaling van de 'SIP bonus' (in twee termijnen) is een voorwaarde verbonden, te weten '(...) the condition that you should still be on the payroll of the (new) company, or should not have left service at your own initiative.' Stoof voldeed (destijds) aan deze voorwaarde.

De aangehaalde brief kan naar mijn mening inderdaad niet anders worden uitgelegd dan dat Mammoet, gebruik makend van de haar toekomende discretionaire bevoegdheid, (samen met Nedlloyd) heeft besloten ('we have decided') aan Stoof 'this special – discretionary – incentive payment' toe te kennen. Daarmee heeft Mammoet zich tot betaling van de bonus onder de in de brief genoemde voor-

55 Prod. 12 bij de conclusie van eis, tevens houdende overlegging van producties.

56 Zie o.a. rov. 8, laatste volzin, van het vonnis van de kantonrechter van 6 februari 2004.

waarde verbonden. Tegen die achtergrond acht ik het oordeel dat de lezing van Stooft niet aannemelijk is, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

Onderdeel 1 is dus terecht voorgesteld.

3.23. Onderdeel 2 betoogt dat het oordeel van het hof in rov. 4.33 dat Stooft zich ten onrechte niet positief heeft opgesteld ten aanzien van de hem gedane voorstellen tot wijziging van zijn functie, op de door middel 1 bestreden rov. 4.24–4.27 voortbouwt, en om die reden geen stand kan houden. Waar de verschillende onderdelen van het eerste middel echter niet tot cassatie kunnen leiden, moet ook onderdeel 2 van het tweede middel in dat lot delen.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

Hoge Raad:

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Stooft en Mammoet.

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Stooft heeft bij exploit van 31 oktober 2001 Mammoet gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam, sector kanton, en gevorderd dat Mammoet zal worden veroordeeld tot (door)betaling van loon c.a. met nevenvorderingen, een en ander zoals in de inleidende dagvaarding is omschreven.

Mammoet heeft de vorderingen bestreden.

De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 15 november 2002 een comparitie van partijen gelast, welke comparitie op 14 januari 2003 heeft plaatsgevonden. Vervolgens heeft de kantonrechter bij tussenvonnis van 27 juni 2003 de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een akte zijdens partijen, en bij tussenvonnis van 28 november 2003 heeft de kantonrechter de vordering tot doorbetaling van het loon afgewezen en met het oog op de nevenvordering inzake de 'performance bonus' Stooft toegelaten tot overlegging van het daarop toepasselijke beloningssysteem.

Bij eindvonnis van 6 februari 2004 heeft de kantonrechter Mammoet veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 10.847,13 vermeerderd met de wettelijke rente over € 8.677,70 vanaf 1 april 2001 tot de voldoening en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen de vonnissen van de kantonrechter van 28 november 2003 en 6 februari 2004 heeft Stooft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 14 september 2006 heeft het hof de vonnissen van de kantonrechter waarvan beroep bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft Stooft beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Mammoet heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Mammoet mede door mr. N.T. Dempsey, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaat van Stooft heeft bij brief van 30 mei 2008 op die conclusie gereageerd.

3. *Beoordeling van de middelen*

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.2 tot en met 1.17.

3.2. Het eerste middel heeft betrekking op de vordering tot doorbetaling van het loon vanaf 1 september 2001, met ingang van welke dag Mammoet de betaling van het loon heeft gestaakt nadat namens Stooft was medegedeeld dat en waarom de oproep van Mammoet tot werkhervatting niet serieus kon worden genomen. Stooft heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat hij niet verplicht is in een geheel andere dan de bedongen functie te werken, zoals Mammoet van hem eist, en dat het niet komen werken geen grond is voor staking van de loonbetaling, nu de functiewijziging een oorzaak is die in redelijkheid voor rekening van Mammoet behoort te komen. Deze vordering is door de kantonrechter afgewezen, en ook het hof heeft deze vordering niet toewijsbaar geacht omdat het tot de slotsom is gekomen dat Stooft ten onrechte afwijzend heeft gereageerd op de voorstellen van Mammoet tot wijziging van zijn functie en, na zijn hersteldverklaring, ten onrechte afwijzend heeft gereageerd op het verzoek van Mammoet tot werkhervatting (rov. 4.27). Het hof is tot die slotsom gekomen op grond van de volgende, samengevatte, overwegingen:

a Het voorstel van Mammoet tot wijziging van de functie van Stooft moet worden getoetst aan de algemene regel dat de tussen werkgever en werknemer bestaande verplichting om zich over en weer als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen, voor de werknemer met zich brengt 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 redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd. Dit is niet anders indien de gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen. (rov. 4.6)

b Er is sprake van gewijzigde omstandigheden op het werk, waarbij als gevolg van niet als onredelijk te kwalificeren beslissingen van Mammoet Stooft niet langer directe leiding zou kunnen geven aan het bedrijfsonderdeel MEI, zodat voor hem in zoverre een andere functie moest worden gezocht. (rov. 4.7–4.8)

c Het voorstel van Mammoet/Van Seumeren om Stooft de functie van adviseur/tweede man onder de Vice President Van Seumeren toe te kennen kan de

toets van de redelijkheid doorstaan, omdat dit voorstel tot functieverandering enerzijds voldoet aan daaraan te stellen formele zorgvuldigheidseisen, en anderzijds ook inhoudelijk redelijk en aanvaardbaar is te achten. (rov. 4.9–4.22)

d Van omstandigheden die meebrengen dat van Stoof redelijkerwijs niet gevergd kon worden dat hij met de voorgestelde wijziging van zijn functie akkoord ging, is niet gebleken. (rov. 4.24–4.27)

3.3.1. Het eerste middel houdt in onderdeel 1 de klacht in dat het hof aldus een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of Stoof als goed werknemer ingevolge art. 7:611 BW was gehouden akkoord te gaan met het voorstel van Mammoet tot wijziging van zijn functie van 'Technical Director' in die van 'adviseur van de directeur', dat samenhang met de overname van Mammoet door Van Seumeren en de daarop volgende integratie van die twee ondernemingen. Het onderdeel betoogt dat de – door het hof met juistheid in rov. 4.6 vooropgestelde en aan het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998, nr. 16649, *NJ* 1998/767, ontleende – norm, nu deze (een verplichting tot medewerking aan) terzijdestelling van hetgeen tussen werkgever en werknemer is overeengekomen meebrengt, moet worden begrepen als een uitwerking van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen het kader van de arbeidsovereenkomst. Dit betekent volgens het onderdeel dat het bij de beoordeling of de werknemer is gehouden een redelijk aanbod tot wijziging van zijn arbeidsovereenkomst te aanvaarden, erop aankomt vast te stellen of afwijzing van dat voorstel door de werknemer – en daarmee ongewijzigde voortzetting van hetgeen partijen zijn overeengekomen – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De toets

(i) of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer aan ongewijzigde voortzetting van zijn contractuele aanspraken vasthoudt, is een strengere norm dan de toets

(ii) of de werknemer redelijk handelt door een hem aangeboden functiewijziging niet te aanvaarden.

De eerstgenoemde (juiste) toets impliceert immers een terughoudende beoordeling van de (on)redelijkheid van de weigering van de werknemer, terwijl de tweede toets een volle(re) beoordeling van de redelijkheid van de opstelling van de werknemer met zich brengt. Het hof heeft daarom van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven door niet te onderzoeken of de weigering van Stoof om het voorstel van Mammoet te accepteren een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat te zien geeft, maar slechts of aanvaarding daarvan redelijkerwijs (niet) van hem kon worden gevergd, aldus nog steeds het onderdeel.

3.3.2. Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld, omdat dit betoog niet als juist kan worden aanvaard. Er is geen grond in afwijking van de in het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998

aanvaarde, aan art. 7:611 ontleende maatstaf aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij verdient 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. 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 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 gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.

3.3.3. Bij het hanteren van de hiervoor bedoelde maatstaf is uitgangspunt dat geen sprake is van een schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Indien daarvan wel sprake is, bepaalt art. 7:613 BW dat de werkgever op dat beding slechts een beroep kan doen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet op grond van de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.14 worden aangenomen dat deze bepaling 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.

Dergelijke gevallen 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 art. 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.

3.4. Ook de onderdelen 2 en 3 van het eerste middel zijn tevergeefs voorgesteld. Anders dan waarvan onderdeel 2 uitgaat, heeft het hof kennelijk alle door Stooft in dit verband aangevoerde omstandigheden van het geval betrokken bij de beoordeling aan de hand van de blijkens het voorgaande juiste maatstaf. Onderdeel 3 kan eveneens bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, omdat het hof niet, ook niet impliciet, heeft geoordeeld dat Stooft bij voorbaat afwijzend stond tegenover redelijke voorstellen, maar slechts dat hij niet bij voorbaat een redelijk voorstel van Mammoet mocht afwijzen.

3.5.1. Het tweede middel heeft betrekking op de afwijzing van de nevenvordering van Stooft tot betaling van de tweede termijn van de hem bij brief van 27 maart 2000 toegekende 'SIP bonus'. Het hof heeft dienaangaande in rov. 4.32 op grond van de omstandigheid dat in die brief aan Stooft wordt gesteld dat van een '— discretionary — incentive payment' sprake is, geoordeeld dat niet aannemelijk is dat, wanneer de bonus eenmaal is toegekend, vervolgens aan Mammoet geen discretionaire bevoegdheid meer toekomt om al dan niet tot betaling van de tweede termijn over te gaan. De hiertegen gerichte motiveringsklacht van onderdeel 1 houdt in dat uit de bewoordingen van voornoemde brief ondubbelzinnig blijkt dat de toekenning van de bonus weliswaar berust op een discretionaire bevoegdheid van de werkgever, maar dat de daarop volgende betaling (van de tweede helft) van de bonus slechts afhankelijk is gesteld van de voorwaarde dat de werknemer op dat moment, zes maanden na betaling van de eerste termijn, nog op de loonlijst van de werkgever staat en niet op zijn eigen initiatief uit dienst is getreden, zodat de werkgever zich ter zake van die betaling geen discretionaire bevoegdheid heeft voorbehouden.

3.5.2. Deze motiveringsklacht slaagt. Het oordeel van het hof is ontoereikend gemotiveerd in het licht van de tekst van de bedoelde brief, waarin met betrekking tot de 'special — discretionary — incentive payment' wordt vermeld wat het maximumbedrag daarvan is en dat 'the payment will be effected as follows', waarna volgt: 'The second half will be paid on the first regular payday after six months after

payment of the first part on the condition that you should still be on the payroll of the (new) company, or should not have left service at your own initiative.' Tegen deze achtergrond behoefde nadere motivering waarom Mammoet, hoewel aan de voorwaarden voor betaling van de tweede helft was voldaan, niettemin de discretionaire bevoegdheid had daarvan af te zien.

Het middel behoeft voor het overige geen behandeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 14 september 2006;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Mammoet in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Stooft begroot op € 2036,05 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

Noot

1. In 1998 heeft de Hoge Raad met het arrest *Taxi/Hofman* een nieuw tijdperk ingeluid voor de beantwoording van de vraag hoe de werknemer moet reageren op voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst (HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/767). Volgens dit arrest behoort een goede werknemer in het algemeen positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, en mag hij dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zie uitgebreid over deze problematiek De Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Reeks VvA 36, 2008 en Zondag, *ArA* 2006-3, p. 4-54.

2. Enerzijds is dat arrest destijds door werkgevers en veel advocaten met instemming ontvangen, omdat het betekende dat ook zonder daartoe strekkend beding de werknemer tot medewerking aan een noodzakelijke wijziging van de arbeidsovereenkomst kon worden bewogen. Anderzijds is het arrest ook veel bekritiseerd. Deze kritiek betrof in de eerste plaats dat het de werkgever te gemakkelijk werd gemaakt om een contractswijziging op te dringen. Daarnaast was het niet duidelijk hoe het uit de lucht gevallen criterium zich verhield tot andere criteria in het kader van de redelijkheid en billijkheid, respectievelijk die van het wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW. De norm was dus te ruim en te vaag, zoals Duk het verwoordde in zijn fraaie bijdrage aan de *De Laat-bundel*, waarin hij dit arrest als één van vijf 'foute' uitspraken behandelde (R.A.A. Duk, 'Fout!', in: S.F. Sagel & E. Verhulst (red.), *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-10). In dit arrest wordt aan deze beide bezwaren aandacht besteed. Het moet echter helaas worden betwijfeld of het nu wel voldoende duidelijkheid schept.

3. De advocaten van de werknemer hadden de Hoge Raad uitgedaagd om het criterium te laten aansluiten bij dat van artikel 6:248 lid 2 BW. Dit zou betekenen dat zou worden beoordeeld of de afwijzing van het voorstel door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarmee zou worden aangesloten bij het algemene criterium van het burgerlijk recht voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). De Hoge Raad – in andere gevallen juist geneigd om het arbeidsrecht waar mogelijk in te passen in het algemene vermogensrecht – volgt deze weg echter niet. Hij blijft vasthouden aan zijn eigen criterium. Maar hij nuanceert dit in zijn nadere uitleg vervolgens zodanig dat dit in wezen een inhoud krijgt die bijna tegengesteld is aan de norm van 1998.

4. De Taxi Hofman-leer was al eerder enigszins genuanceerd. De werkgever moest in de beschouwing betrekken of een functiewijziging voor de werknemer nadelige gevolgen heeft, HR 28 april 2000, NJ 2000/565, JAR 2000/120 (*Guitoneau/Midnet Tax*). Ook werd uitgemaakt dat de werknemer wel mag opkomen voor wat hij als zijn rechten ziet in verband met door de werkgever gedane reorganisatievoorstellen, HR 14 november 2003, NJ 2004/138, JAR 2003/296 (*Drie S-invest/Mammoet*). De casus van die laatste zaak kwam thans weer terug in het onderhavige geschil.

5. In het arrest uit 1998 was geen aandacht besteed aan de verhouding tussen de wijziging op grond van art. 7:611 BW en die met behulp van een wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW. Dat laatste artikel was in hetzelfde jaar ingevoerd en niets wijst erop dat de Hoge Raad dit had opgemerkt. De relatie tussen de twee mogelijkheden is nauw, aangezien beide door de werkgever kunnen worden gebruikt om een wijziging van de arbeidsovereenkomst te initiëren. Met art. 7:613 BW heeft de werkgever een zeer terughoudend criterium ingevoerd. De werkgever mag zich slechts op het beding beroepen als hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. In de wetsgeschiedenis is benadrukt dat dit een zeer zware toets is. Er zijn in de wetsgeschiedenis verschillende omschrijvingen gehanteerd, maar tot twee maal toe is ook betoogd dat toepassing van de ongewijzigde arbeidsvoorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou moeten zijn, hetzelfde criterium dus als op grond van art. 6:248 lid 2 BW moet worden toegepast bij de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Of dit ook zo zwaar bedoeld is, is echter niet geheel zeker. De vraag is vervolgens hoe de toetsing volgens de Taxi Hofman-formule zich verhoudt tot die van art. 7:613 BW. De A-G constateert terecht dat daarover in de literatuur en rechtspraak twee meningen leven.

6. De eerste opvatting is dat de Taxi Hofman-toets minstens even zwaar moet zijn als de toets van

het wijzigingsbeding. Het zou immers vreemd zijn indien aan een tevoren voorziene wijzigingsmogelijkheid meer in de weg zou worden gelegd dan een niet voorziene wijziging. De veronderstelling dat dit toch zo was, leidde er bij sommige advocaten zelfs toe dat zij hun cliënten het opnemen van een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst ontraadden, omdat zij zich beter op de Taxi Hofman-formule zouden kunnen beroepen. Aldus werd de leer van de Hoge Raad gezien als een uitnodiging aan partijen om hun contracten vaag te houden. Dit kan bezwaarlijk de bedoeling zijn geweest. Daarnaast ligt de link tussen art. 7:611 en art. 6:248 BW ook in de rede omdat de Hoge Raad meermalen heeft overwogen dat de eerste bepaling een op het arbeidsrecht toegespitste uitdrukking is van de redelijkheid en billijkheid (HR 8 april 1994, NJ 1994/704, JAR 1994/94, *Agfa/Schoolderman* en HR 30 januari 2004, JAR 2004/68, NJ 2008/536, *Parallel Entry/KLM*). Het ligt voor de hand aan te nemen dat een door de werkgever gewenste aanvulling van de overeenkomst een vorm is van aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid waarvoor het lichte criterium van art. 6:248 lid 1 BW geldt en een wijziging die een deel van het contract *terzijde stelt* een vorm van derogerende werking is waarvoor de zware toets van art. 6:248 lid 2 BW geldt. De A-G laat het echter bij de constatering dat het arrest Taxi Hofman dit niet duidelijk heeft gezegd, zonder zich de vraag te stellen of dit dan niet alsnog zou moeten gebeuren. De Hoge Raad laat zich evenmin verleiden om zich uit te laten over het onderscheid tussen aanvullende of derogerende werking. Overigens construeren de advocaten van de werknemer deze kwestie vooral als een toetsing van de weigering van de werknemer om in te stemmen met het wijzigingsvoorstel, terwijl het mijns inziens evenzeer een kwestie van uitleg van de overeenkomst had kunnen betreffen. Een verklaring voor de benadering van de Hoge Raad buiten art. 6:248 BW om, kan zijn dat ook deze de kwestie niet zozeer ziet als een vraag van uitleg van de overeenkomst, maar als de vraag wanneer een contractspartij bereid moet zijn om aan contractswijziging mee te werken.

7. De Hoge Raad wijst de uitnodiging om het criterium voor Taxi Hofman te doen aansluiten bij art. 6:248 lid 2 BW uitdrukkelijk van de hand. Hij voert daarvoor geen argumentatie aan; de woorden 'Er is geen grond' vallen immers niet als zodanig te duiden. Wel merkt hij op 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. In de eerste plaats dient 'immers' te worden onderzocht of de werkgever als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel. Het gebruik van het woord 'immers' suggereert dat dit reeds vaststond, maar in het Taxi Hofman-arrest is niets te vinden over de aan een wijzigingsvoorstel van de werkgever te stellen eisen. Thans volgt hiervan een uitgebreide opsomming. Nu de werknemer op deze wijze wordt beschermd tegen onredelijke voorstel-

len van de werkgever (en de afweging tegenover de werknemersbelangen moet plaatsvinden die al in Taxi Hofman is terug te vinden) is het belang van de werknemer voldoende gewaarborgd, aldus de Hoge Raad. Deze opsomming is dermate uitvoerig dat het voor de werkgever een behoorlijke inspanning zal vergen om aan alle elementen te voldoen. Daardoor verschuift het accent in het arrest Stoof/Mammoet ten opzichte van het arrest Taxi Hofman van de nadruk op het goed werknemerschap naar een nadruk op het goed werkgeverschap.

8. De tweede door de A-G in de literatuur gesignaleerde opvatting houdt in dat de artikelen 7:611 en 7:613 BW ieder een eigen toepassingsgebied hebben. Art. 7:611 BW zou dan van toepassing zijn bij individuele wijzigingen en art. 7:613 BW bij collectieve wijzigingen. Hij constateert slechts dat dit onderscheid in de lagere rechtspraak niet altijd wordt gevolgd. De Hoge Raad zegt hier wel iets meer over, namelijk dat moet worden aangenomen dat 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.' Uit het woord 'veeleer' valt op te maken dat de Hoge Raad niet bedoelt deze opvatting in de literatuur in normatieve zin te volgen, doch dat hij meer bedoelt de feitelijke situatie te beschrijven. Dat is gelukkig, want die opvatting van een gescheiden toepassingsgebied lijkt ook niet goed houdbaar. In normatieve zin valt niet in te zien waarom bij collectieve wijzigingen een zwaardere toets zou moeten gelden dan bij individuele wijzigingen. Het omgekeerde lijkt eerder aannemelijk, omdat bij collectieve wijzigingen eerder een vakbond of ondernemingsraad de belangen van werknemers effectief zal behartigen. Maar ook praktisch is het onderscheid niet werkbaar. Dit zou bijvoorbeeld betekenen dat een autokostenregeling ten aanzien van twee werknemers met een wijzigingsbeding gewijzigd zou kunnen worden, maar in een bedrijf waar maar één werknemer een autokostenregeling kent niet.

9. Heeft de A-G ten aanzien van de twee opvattingen in de literatuur eigenlijk geen enkel standpunt ingenomen, onder 3.14 kiest hij dan voor de vlucht naar voren: het ontbreken van afstemming van de Taxi Hofman-formule op art. 7:613 BW leidt naar zijn mening niet tot ongerijmde discrepanties. Het verschil zit er volgens hem in dat de Taxi Hofman-formule geen betrekking heeft op eenzijdige wijziging door de werkgever, maar op het dienen te bereiken van *overeenstemming* over de door de werkgever gewenste wijziging tussen werkgever en werknemer. Daaraan doet niet af dat de speelruimte van de werknemer beperkt blijft. Het is niet toevallig dat de A-G voor dit standpunt kennelijk

geen steun heeft kunnen vinden in de op dit gebied omvangrijke arbeidsrechtelijke literatuur. In de arbeidsverhouding staat immers het moeten onderhandelen met beperkte speelruimte voor een werknemer in de praktijk zeer dichtbij het eenzijdig kunnen wijzigen door de werkgever. Dat hier juridisch-technisch wel een verschil tussen bestaat, biedt de werknemer tegen de achtergrond van een mogelijk dreigend ontslag weinig steun. Deze benadering van de A-G heeft dus vooral een theoretisch belang.

10. De Hoge Raad komt op dit punt de werknemer wel meer tegemoet. Weliswaar volgt hij dezelfde onbevredigende gedachtegang van de A-G, maar hierbij neemt hij tegelijkertijd krachtig afstand van de teneur van het Taxi Hofman-arrest. Hij overweegt immers dat de werknemer bij het ontbreken van een wijzigingsbeding 'in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden.' Hiermee zijn we wel erg ver afgeraakt van het Taxi Hofman-arrest, waarin juist stond dat die werknemer 'in het algemeen positief behoort in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever'. Er is dus een groot verschil tussen 'ingaan op' voorstellen en het aanvaarden daarvan. Ik versta dit zo, dat de Hoge Raad bedoelt dat er in feite een onderhandelingsplicht voor de werknemer bestaat. Hij moet bereid zijn te praten over wijziging van het contract en mag voorstellen niet op onredelijke gronden afwijzen. Het enkele 'contract is contract' is onvoldoende, evenals 'het is niet in mijn belang'. De werknemer moet serieus praten over redelijke voorstellen, maar mag ze uiteindelijk afwijzen als zijn belang daarbij voldoende opweegt tegen het werkgeversbelang bij de voorgestelde wijziging. Daarmee heeft de Taxi Hofman-formule een aanzienlijk evenwichtiger strekking gekregen dan jarenlang werd aangenomen.

11. Overigens is opvallend dat de Hoge Raad in dit arrest spreekt over het wijzigen van 'arbeidsvoorwaarden'. Het is mij niet duidelijk of hiermee een beperking is beoogd ten opzichte van het Taxi Hofman-arrest waarin deze term niet wordt gehanteerd. Een verduidelijking acht ik het in elk geval niet. Het gaat immers bij dit soort wijzigingen meestal juist niet om primaire arbeidsvoorwaarden, zoals het loon of de vakantiedagen, maar om zaken als de functie, de taken en de plaats waar het werk wordt verricht. Mijns inziens zou het juridisch scherper zijn om te spreken over het wijzigen van de arbeidsovereenkomst. Enerzijds zal immers elke wijziging van de arbeidsovereenkomst onder dit regime kunnen worden gebracht. Anderzijds zullen wijzigingen die met behoud van de arbeidsovereenkomst in de arbeidsverhouding worden aangebracht, reeds kunnen worden doorgevoerd op basis van de gezagsverhouding, het instructierecht van de werkgever.

12. De Hoge Raad heeft in dit arrest de Taxi Hofman formule willen vasthouden, maar de toepassing ervan willen corrigeren. Dat heeft echter nog niet geleid tot een helder afgebakend criterium. De dogmatische zwakte waarop het Taxi Hofman-arrest

berust valt nu eenmaal moeilijk door nadere uitleg te corrigeren. Van de bezwaren tegen het Taxi Hofman-criterium is het eerste (te ruim) met dit arrest in praktische zin wel in belangrijke mate geredresseerd, maar het tweede (te vaag) in stand gebleven en eigenlijk nog verergerd. Zie in kritische zin ook Van Slooten, *ArA* 2008-3, p. 53-66; R.M. Beltzer, *TAP* 2008, p. 5-7 en 2009, p. 142-148 en Duk, *TRA* 2009/66. Neutraler is het arrest besproken door De Wolff, *ArbeidsRecht* 2008/44 en De Laat, *SR* 2008/54, positief door Grapperhaus, *TRA* 2008/3.

G.J.J. Heerma van Voss
