



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Van Stoof/Mammoet naar IFF: zit er bij wijziging van
arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW? (II)**
Sagel, S.F.

Citation

Sagel, S. F. (2023). Van Stoof/Mammoet naar IFF: zit er bij wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW? (II). *Arbeidsrecht*, 2023(3), 21-26. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716950>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716950>

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

Van Stoof/Mammoet naar IFF: zit er bij wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW? (II)

ArbeidsRecht 2023/16

Een drieluik over wijziging van arbeidsvoorwaarden. In het eerste deel is het IFF-arrest van de Hoge Raad van 25 november 2022 besproken, waaruit lessen te trekken zijn ten aanzien van de inhoud en reikwijdte van het Stoof/Mammoet-criterium. In dit tweede deel, alsook in het derde deel, zal worden besproken of het, gelet op de ontwikkeling van de rechtspraak sinds het Stoof/Mammoet-arrest uit 2008, nog wel uitmaakt of de werkgever zich voor het doorvoeren van een wijziging van een arbeidsvoorwaarde kan beroepen op een eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van art. 7:613 BW of dat hij daarvoor moet terugvallen op het Stoof/Mammoet-criterium. De beide wijzigingsmethodes worden daartoe vanuit zes verschillende invalshoeken vergeleken.

1. Inleiding

Op 25 november 2022 wees de Hoge Raad het IFF-arrest, een belangrijke uitspraak over wijziging van arbeidsvoorwaarden.² Zoals in het eerste deel van dit drieluik is beschreven, besliste de Hoge Raad daarin onder meer dat de Stoof/Mammoet-norm niet alleen ziet op individuele, maar ook op collectieve wijzigingen.³ In dit tweede deel en in het hierna te verschijnen derde deel, zal worden ingegaan op de vraag welk onderscheid er eigenlijk nog is tussen het wijzigen van arbeidsvoorwaarden via enerzijds de band van de Stoof/Mammoet-norm en anderzijds het in art. 7:613 BW geregelde eenzijdig wijzigingsbeding. Nu de werkgever voor alle wijzigingen, ongeacht of deze nu individueel of collectief van aard zijn, kan terugvallen op het Stoof/Mammoet-criterium, is het de vraag welke toegevoegde waarde het overeenkomen van een eenzijdig wijzigingsbeding nog heeft. Is het op de een of andere manier eenvoudiger om te wijzigen wanneer de werkgever die bevoegdheid contractueel heeft bedongen? Zijn de mogelijkheden om te wijzigen dan wellicht ruimer? Of is het eigenlijk lood om oud ijzer? En wat betekent dat dan?

1 Prof. mr. S.F. (Stefan) Sagel is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden. Hij was als cassatieadvocaat bij de in deze bijdrage besproken cassatiezaken betrokken. Met dank aan Nikki Volmer, LLB, studierend medewerker bij De Brauw Blackstone Westbroek.

2 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759.

3 HR 11 juli 2008, NJ 2011/185.

2. Stoof/Mammoet en art. 7:613 BW – een wereld van verschil of een schijntegenstelling?

Op het eerste gezicht verschillen de Stoof/Mammoet-norm en de maatstaf van art. 7:613 BW ingrijpend. Stoof/Mammoet behelst een drieledige redelijkheidstoets, de enkelvoudige maatstaf van art. 7:613 BW vereist slechts het bestaan van een (relatief) zwaarwichtig belang. Stoof/Mammoet is alleen toepasbaar bij gewijzigde omstandigheden, art. 7:613 BW stelt die eis niet. Art. 7:613 BW maakt eenzijdige wijziging mogelijk, de Stoof/Mammoet-norm veronderstelt de instemming van de werknemer, wil de wijziging geïmplementeerd kunnen worden. Maar zijn die verschillen er ook echt? Om die vraag te beantwoorden worden de beide toetsingskaders hierna vanuit zes invalshoeken vergeleken, te weten met betrekking tot (i) de voor de beoordeling relevante gezichtspunten, (ii) de gestrengheid van de toetsing, (iii) de procedurele vereisten, (iv) de omstandigheden waaronder een beroep op de maatstaven gedaan kan worden, (v) de temporele reikwijdte van de beide normen en (vi) de wijze waarop een wijziging kan worden doorgevoerd (eenzijdig of met instemming?). De eerste vier invalshoeken komen hierna aan bod, de laatste twee gezichtspunten worden in het derde deel van dit drieluik besproken.

3. Invalshoek 1: de relevante gezichtspunten

Sinds de *Fair Play*-arresten van 29 november 2019⁴ is duidelijk dat de rechter ter beoordeling of zich het voor wijziging via art. 7:613 BW vereiste zwaarwichtige belang voordoet, “met inachtneming van alle omstandigheden van het geval” moet toetsen of het belang van de werkgever bij wijziging van de betrokken arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding daarvan, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het zwaarwichtige belang is een relatief belang en of het zich voordoet, vergt een holistische toetsing van alle feiten en omstandigheden over en weer aan de vereisten van redelijkheid en billijkheid. Feiten en omstandigheden aan de zijde van de werkgever, zoals zijn financiële situatie of de behoefte om de organisatie anders in te richten, moeten worden afgezet tegen omstandigheden aan de kant van de werknemer, zoals de impact die de wijziging op hem heeft, eventuele toezeggingen die hem zijn gedaan en zijn persoonlijke situatie.

Daarbij kan het bij een collectieve wijziging op grond van art. 7:613 BW ook zonder meer zo zijn dat de weging niet

4 Zie o.a. HR 19 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864.

voor alle werknemers hetzelfde uitvalt. Toepassing van art. 7:613 BW eist net zo goed maatwerk als art. 7:611 BW. Als een specifieke werknemer kan wijzen op bijzondere persoonlijke (privé)omstandigheden die bij hem van toepassing zijn – en die ertoe leiden dat hij een extra zwaar belang heeft bij behoud van een bepaalde arbeidsvoorwaarde –, dan spelen in zijn geval ook die omstandigheden mee bij de beoordeling of het relatief zwaarwichtige belang voor wijziging kan worden aangenomen.⁵ Een collectieve wijziging via de band van art. 7:613 BW hoeft dus helemaal niet in alle gevallen hetzelfde uit te pakken. Evenals het – zoals we in het eerste deel van dit drieluik zagen – bij een collectieve wijziging via de band van Stoof/Mammoet zo kan zijn dat de wijziging voor één werknemer, vanwege diens persoonlijke omstandigheden, strandt op de derde trede van de drietrapsraket, terwijl alle andere werknemers de wijziging wel moeten accepteren omdat sprake is van een objectief gezien redelijk voorstel. Overigens zal de werkgever daar, op zijn beurt, tegenover mogen stellen dat hij juist belang heeft bij uniformiteit en gelijke behandeling van werknemers ten aanzien van bepaalde arbeidsvoorwaarden, alsmede – onder omstandigheden – dat ook de onderlinge solidariteit tussen werknemers meebrengt dat *alle* werknemers de wijziging tegen zich moeten laten gelden.⁶ Ook die gezichtspunten kunnen zowel bij art. 7:613 BW als bij art. 7:611 BW worden ingeroepen.

De beoordeling op grond van Stoof/Mammoet is eveneens een holistische redelijkheidstoets aan de hand van *alle* omstandigheden van het geval. Het gaat daarbij dus logischerwijs om *dezelfde* “alle omstandigheden” die ook in het kader van art. 7:613 BW meewegen, al is de *vorm* waarin die toetsing geschiedt bij Stoof/Mammoet wat anders vormgegeven. In de eerste fase (*is sprake van gewijzigde omstandigheden waarin de werkgever aanleiding kan zien een voorstel te doen?*) gaat het primair om feiten en omstandigheden aan de werkgeverskant, al kunnen ook daar omstandigheden aan de kant van de werknemer een rol spelen. Een wijzigingsvoorstel kan immers ook zijn oorsprong vinden in handelen van een werknemer, zoals grensoverschrijdend gedrag dat om een overplaatsing vraagt.

Ten aanzien van de tweede fase (*is sprake van een redelijk voorstel?*) heeft de Hoge Raad nota bene uitdrukkelijk overwogen dat het daarbij gaat om een afweging van “*alle omstandigheden van het geval*”, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die de werkgever aanleiding hebben gegeven tot het voorstel, de aard en ingrijpendheid van dat voorstel, alsmede de positie van de betrokken werknemer en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden; allemaal omstandigheden die ook in het kader van art. 7:613 BW hun partijtje kunnen meeblazen.

5 Zie in die zin ook recent: concl. A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2022:618, bij HR 24 juni 2022, onder 5.8.

6 Zie o.a. W.A. Zondag, ‘Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak’, *ArA* 2006/3.1, p. 52; zie anders, voor wat betreft het solidariteitsbeginsel: concl. A-G Drijber, *Fair Play*-arresten, onder 4.30.

En via de derde fase van de drietrapsraket (*mag de werknemer redelijkerwijs toch nee zeggen?*) worden dan vooral de subjectieve feiten en omstandigheden ten aanzien van de persoonlijke (privé)situatie van de werknemer “*in de mix*” gegoooid, omstandigheden die, als gezegd, ook bij art. 7:613 BW ter tafel kunnen komen.

Kort en goed: de *vorm* waarin de omstandigheden van het geval worden gewogen wekt de schijn van verschil, maar *materieel* gaat het zowel bij Stoof/Mammoet als bij art. 7:613 BW om een holistische toetsing van *dezelfde* omstandigheden van het geval aan hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in beide gevallen: gericht op maatwerk.⁷

4. Invalshoek 2: de gestrengheid van de toetsing

De vraag die vervolgens opkomt, is hoe streng de beide normen zijn. Dat *dezelfde* gezichtspunten meewegen, zegt immers nog niet dat de rechter in beide gevallen ook even streng toetst. Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:613 BW volgt dat de wetgever met die bepaling beoogde om werknemers te beschermen tegen lichtvaardige eenzijdige wijziging. Als uitgangspunt gold:

“[D]at arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig door toepassing van wijzigingsbedingen kunnen worden gewijzigd, tenzij daar zwaarwichtige belangen voor aantoonbaar zijn.”⁸

Ook de terminologie dat sprake moet zijn van een “*zwaarwichtig*” belang duidt erop dat sprake is van een *zware* toets, zij het dat de wet en de wetsgeschiedenis geen aanwijzingen bevatten dat die toets even streng is als de deroegerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Art. 7:613 BW bepaalt niet dat het werkgeversbelang zo zwaarwichtig moet zijn dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, onaanvaardbaar is wanneer de werkgever geen beroep kan doen op het eenzijdig wijzigingsbeding.⁹ Bovendien zou een zo strenge toets ook niet te rijmen zijn met het blijkens de wetsgeschiedenis eveneens met art. 7:613 BW nagestreefde “*belang van werkgevers om de arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen*”.¹⁰ En uiteindelijk zou de

7 Zie in die zin reeds: W.A. Zondag, ‘Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak’, *ArA* 2006/3.1.

8 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21 en 22.

9 In de wetsgeschiedenis is wel gesproken over de deroegerende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar dat debat zag op de vraag of de werknemer, bij aanwezigheid van een zwaarwichtig belang, toch nog aan toepassing van art. 7:613 BW zou kunnen ontkomen. Het standpunt van de regering was niet heel helder, maar luidde aldus dat op dit punt geen aparte regeling naast art. 6:248 lid 2 BW nodig werd geacht, zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 7, p. 22. Gelet op de wijze waarop het zwaarwichtig belang sinds de *Fair Play*-arresten moet worden vastgesteld, te weten: door ook alle omstandigheden aan de werknemerskant mee te wegen, lijkt niet goed denkbaar dat een zwaarwichtig belang aanwezig wordt geacht en vervolgens wordt beslist dat die wijziging een onaanvaardbaar gevolg te zien geeft en om die reden geen doorgang kan vinden. De omstandigheden die de wijziging onaanvaardbaar maken, zullen gelet op het door de Hoge Raad in de *Fair Play*-arresten geformuleerde toetsingskader, reeds in de weg staan aan het aannemen van een zwaarwichtig belang.

10 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21 en 22.

wettelijke regeling van art. 7:613 BW in feite overbodig zijn wanneer de maatstaf van art. 7:613 BW gelijk zou staan aan die van art. 6:248 lid 2 BW.

Kort en goed: de redelijkheidstoets van art. 7:613 BW is dus een gekwalificeerde redelijkheidstoets – en daarmee “strenger” dan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid –, maar minder streng dan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Tot in decimalen achter de komma is die gestrengheid natuurlijk niet uit te drukken, maar grosso modo verhoudt de *sui generis*-redelijkheidsmatstaf van art. 7:613 BW zich vermoedelijk ruwweg als volgt tot die twee reguliere verschijningsvormen van de redelijkheid en billijkheid: hij zit ertussenin.

En hoe streng is dan, in vergelijking daarmee, de Stoof/Mammoet-norm? Art. 7:611 BW is de arbeidsrechtelijke specialis van art. 6:248 BW.¹¹ Dat betekent dat art. 7:611 BW ook de in art. 6:248 BW verankerde verschijningsvormen van de derogerende en de aanvullende werking kan hebben.¹² In het eerste deel van deze bijdrage is beschreven dat de Hoge Raad in het *IFF*-arrest heeft beslist dat Stoof/Mammoet nooit een toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid oplevert. Betekent dat nu dat die subnorm daarmee dus automatisch een verschijningsvorm van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is? Dat lijkt dogmatisch moeilijk verdedigbaar, alleen al omdat veel wijzigingsvoorstellen erop neerkomen dat er helemaal niets wordt aangevuld in de arbeidsovereenkomst: zij leiden er slechts toe dat de werknemer een arbeidsvoorwaarde, of een deel daarvan, wordt afgenomen. Ook is het moeilijk denkbaar dat de werkgever een lagere lat over moet voor een wijziging langs de band van art. 7:611 BW als hij zich het recht om te wijzigen *niet* heeft voorbehouden, dan wanneer hij zich die bevoegdheid *wel* heeft voorbehouden door een eenzijdig wijzigingsbeding overeen te zijn gekomen. Dat zou *wel* het ongerijmd gevolg zijn wanneer men Stoof/Mammoet zou beschouwen als exponent van de relatief lichte redelijkheidstoets van de aanvullende werking.

Maar als Stoof/Mammoet niet gelijkstaat aan de derogerende of aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, hoe moet die norm dan worden geduid? Dat art. 7:611 BW, net als art. 6:248 BW, zowel een aanvullende als een beperkende kant kent, betekent niet dat art. 7:611 BW *alleen* die verschijningsvormen heeft en dat elke toepassing van art. 7:611 BW in de mal van de aanvullende of de derogerende werking moet passen. De Hoge Raad krijgt soms het verwijt, vooral uit de regio Rotterdam, dat hij te “civielrechtelijk” naar het arbeidsrecht kijkt.¹³ Maar juist de Stoof/Mammoet-norm is een voorbeeld van een zaak waarin de Hoge Raad dat niet heeft gedaan. Het gaat ook daarbij om

een specifiek arbeidsrechtelijke, *sui generis*, inkleuring van de redelijkheid en billijkheid, waarbij het niet alleen aankomt op wat redelijkheid en billijkheid eisen van één partij, de werkgever, maar ook om de redelijkheid en billijkheid die de werknemer dient te betrachten ten opzichte van de werkgever.

De ene kant – wat kan van de werkgever worden gevergd? – zit in de eerste trede ingebakken (kan de werkgever überhaupt aanleiding zien een voorstel te doen?) en deels in de tweede (doet hij, gelet op alle omstandigheden van het geval, een redelijk voorstel?). Wat van de werknemer kan worden gevergd is in de tweede stap verankerd (is het voorstel een redelijk voorstel dat de werknemer dus moet aanvaarden, rekening houdend met de belangen van de werkgever?) en in de derde stap (zijn er specifieke persoonlijke belangen die maken dat hij toch nee kan zeggen?). Die twee kanten van dezelfde 611-medaille werken op elkaar in, en kunnen niet los van elkaar worden gezien. Zij moeten tegen elkaar worden afgewogen. Hoe nijpender de (gewijzigde) omstandigheden zijn waarmee de werkgever zich geconfronteerd ziet en/of hoe redelijker zijn voorstel is, mede in aanmerking genomen de betrokken belangen van de werknemer, des te sneller zal de werknemer gehouden zijn te accepteren, zowel in objectieve zin als in subjectieve zin.

Bezieet men de Stoof/Mammoet-norm aldus, dan valt op dat hij eigenlijk heel erg sterk lijkt op de relatieve benadering die de Hoge Raad voorschrijft bij de beoordeling van het zwaarwichtige belang in de zin van art. 7:613 BW. Stoof/Mammoet noopt evenzeer tot een (relatieve) afweging van de over en weer bestaande belangen. Alleen al het feit dat de werkgever, alvorens succesvol een beroep te kunnen doen op (het vervuld zijn van) de norm, drie redelijkheidshoepels door moet, toont daarbij wel aan dat het ook bij Stoof/Mammoet gaat om een *gekwalificeerde* redelijkheidstoets, strenger dus dan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. En, zo weten we sinds het *IFF*-arrest helemaal zeker, per definitie wel minder streng dan de derogerende werking. Daarmee is er, ook op dit punt, geen materieel verschil met art. 7:613 BW. De toetsingsintensiteit is ruwweg even streng.

5. Invalshoek 3: procedurele vereisten – overlegmodel versus ‘my way’?

Een volgende interessante invalshoek voor het vergelijken van de beide maatstaven, is of er procedureel gezien verschillende eisen gelden bij Stoof/Mammoet enerzijds en art. 7:613 BW anderzijds. Op het eerste gezicht is dat zo. Wil de Stoof/Mammoet-norm vervuld zijn, dan zal de werkgever eerst een *voorstel* tot wijziging gedaan moeten hebben. De norm is geplaatst in de sleutel van het overlegmodel. Art. 7:613 BW daarentegen gaat uit van *eenzijdige* wijziging, hetgeen suggereert dat overleg niet is vereist. Mijns inziens is ook op dit punt uiteindelijk, op zijn best, sprake van een nuanceverschil en niet van een tegenstelling.

11 Zie HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

12 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68, voor een voorbeeld van de “derogerende” toepassing van art. 7:611 BW.

13 A.R. Houweling & C.J. Loonstra, “Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?”, *TAP* 2011/5, p. 172 e.v.

Natuurlijk, als men de rechtspraak over Stoof/Mammoet beziet, dan speelt daarin met enige regelmaat een rol of de werkgever overleg heeft gevoerd over de voorgenomen wijziging met de werknemer of – bij een collectieve wijziging – (ook) met de vakbonden of de ondernemingsraad.¹⁴ Tegelijkertijd kan zich ook bij dat criterium de situatie voordoen dat het voorstel dat de werkgever doet, zo redelijk is, of dat de omstandigheden waaronder het gedaan wordt zo nijpend zijn, dat het “*an offer you can't refuse*” is, waarbij verder overleg niet nodig is om de werknemer te verplichten het te aanvaarden.¹⁵ In zo een geval ontstaat reeds bij het doen van het voorstel, de verplichting tot aanvaarding.

Aan de andere kant zal ook bij de beoordeling of zich het zwaarwichtige belang van art. 7:613 BW voordoet, van belang zijn of de werkgever overleg heeft gevoerd alvorens de wijziging door te voeren. Dat is alleen al in die zin logisch dat het werkgeversbelang bij *eenzijdige* wijziging zwaarder gaat drukken naarmate de werknemer, ondanks constructief overleg, niet bereid is gebleken *akkoord* te gaan met een voorstel tot verandering.¹⁶ Ook in de wetsgeschiedenis van art. 7:613 BW vindt steun dat de vraag of overleg heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de wijziging, van belang is bij de beoordeling of zich een zwaarwichtig belang voordoet. Naar in het eerste deel van dit drieluik is weergegeven, was het oorspronkelijk zelfs de bedoeling dat in een tweede lid zou worden verankerd dat het zwaarwichtig belang als bedoeld in het eerste lid, aanwezig geacht zou worden wanneer de wijziging volgde uit een akkoord met de vakbonden of de ondernemingsraad. Die bepaling is er uiteindelijk niet gekomen, maar alleen omdat zo een akkoord op het collectieve vlak volgens de regering sowieso van belang is bij de beoordeling of zich een zwaarwichtig belang voordoet. In lijn daarmee wordt in de rechtspraak regelmatig ook bij toetsing aan art. 7:613 BW van gewicht geacht of er voorafgaand aan de doorvoering van de wijziging overleg is gepleegd met de bonden en/of de ondernemingsraad, en hoe constructief de werkgever zich daarin heeft opgesteld.¹⁷

Heeft dat overleg geleid tot instemming van de ondernemingsraad en/of de vakbonden, dan kan de werkgever daaraan een argument in zijn voordeel ontleenen, al betekent dat niet per definitie dat daarmee het zwaarwichtig belang in beginsel is gegeven.¹⁸

Al met al doet de werkgever er dus ook bij een wijziging via art. 7:613 BW, ongeacht of dat nu een individuele of een collectieve wijziging is, goed aan om zijn wijzigingsplannen eerst voor te leggen aan de werknemer (svertegenwoordigers), daarover een open gesprek te voeren en om onder omstandigheden ook de bereidheid te tonen om die plannen nog aan te passen als daar steekhoudende bezwaren tegen worden aangevoerd of als er redelijke verzoeken tot aanpassing worden gedaan. Dat maximeert de kans dat als de wijziging vervolgens eenzijdig wordt doorgevoerd, die wijziging standhoudt. *Procedural fairness* speelt, aldus, bij beide normen een belangrijke rol en ook op dit punt zijn de verschillen dus, materieel gezien, best klein.

6. Invalshoek 4: verschil in de omstandigheden waaronder een beroep op de maatstaven kan worden gedaan?

Zit er dan wellicht een verschil tussen de beide normen wat betreft de *omstandigheden waaronder* de werkgever daarop een beroep kan doen, of – anders gezegd – ten aanzien van de *aanleiding* voor het doorvoeren van een wijziging? Het *Stoof/Mammoet*-arrest duidt daarop. Daarin overwoog de Hoge Raad immers dat art. 7:613 BW ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden om “*ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven*”;¹⁹ eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen, terwijl voor een succesvol beroep op de *Stoof/Mammoet*-norm juist is vereist dat sprake is van een “*wijziging van de omstandigheden*” (op het werk). Dat suggereert dat wanneer art. 7:613 BW van toepassing is, de wijzigingsmogelijkheden ruimer zijn omdat *gewijzigde omstandigheden* dan niet zijn vereist.

Het in 2008 door de Hoge Raad gemaakte onderscheid, lijkt achterhaald. De gedachte dat de werkgever bij art. 7:613 BW de bevoegdheid heeft om *ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven*, een arbeidsvoorwaarde te wijzigen, is allereerst niet te rijmen met de beslissing van de Hoge Raad in de *Fair Play*-arresten van november 2019. Als gezegd, werd daarin geoordeeld dat het bij de beoordeling of zich een zwaarwichtig belang in de zin van art. 7:613 BW voordoet, aankomt op een belangenafweging. Het werkgeversbelang bij wijziging moet worden afgewogen tegen het werknemersbelang dat zich juist tegen wijziging verzet, waarbij over en weer met *alle* omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden. Als *alle* omstandigheden van het geval van gewicht zijn bij die belangenafweging, zijn vanzelfsprekend ook de omstandigheden die aanleiding geven tot de wens van

14 Zie Rb. Amsterdam 2 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1668, rov. 9 (geen overleg); Rb. Noord-Holland 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11649, rov. 5.9. (geen overleg); Rb. Midden-Nederland 16 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4203, rov. 4.7 (constructief overleg draagt bij aan redelijkheid voorstel); Hof Arnhem-Leeuwarden 16 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6570 (dat voorstel tot wijziging redelijk is, vindt bevestiging in omstandigheid dat wijziging met de vakbonden is afgesproken); Ktr. Haarlem 6 november 2013, *JAR* 2014/45 (het feit dat zowel de ondernemingsraad als de bonden hebben ingestemd met de wijziging, vormt een zwaarwegende aanwijzing dat de inhoud van het wijzigingsvoorstel redelijk is). Zie ook concl. A-G Van Peursem, *IFF*-arrest, onder 5.14 en 5.15.

15 Rb. Limburg 10 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2202, rov. 4.6 (werkgever ontwikkelt een nieuw salarishuis, werknemer gaat er qua salaris op vooruit maar heeft geen periodieke groei en accepteert geen verlaging van zijn persoonlijke toeslag. De werknemer had geen redelijke grond het voorstel te weigeren); Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414, rov. 4.4–4.6 (werkgever heeft al drie reorganisaties doorgevoerd en de loonmatiging voorkomt het opzeggen van het vertrouwen in de werkgever door de bank. Eiser is de enige werknemer die tegen het voorstel bezwaar heeft gemaakt).

16 Zie Rb. Amsterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2965, rov. 1.11 en 20 (wel overleg, wel zwaarwichtig belang); Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731, rov. 5.13 (geen overleg, geen zwaarwichtig belang).

17 Rb. Amsterdam 28 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2301, rov. 16; Ktr. Apeldoorn 17 oktober 2001, *JAR* 2002/23, m.nt. M.S.A. Vegter.

18 Zie daarover ook: B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het Sociaal Recht’, *NJB* 2020/2403.

19 HR 11 juli 2008, *NJ* 2011/185, rov. 3.3.3.

de werkgever om een wijziging door te voeren, van belang. Alleen al om die reden is niet langer staande te houden dat art. 7:613 BW een wijzigingsrecht geeft, *ongeacht de omstandigheden die tot die wijziging aanleiding geven*.

Maar vermoedelijk gaat het verder dan dat: of de werkgever in staat is om het door art. 7:613 BW vereiste relatief zwaarwichtige belang aan te tonen, zal vermoedelijk zelfs *in belangrijke mate* worden bepaald door de omstandigheden die hem nopen om de wijziging door te voeren. Als er geen sprake is van *enige gewijzigde* omstandigheden ten opzichte van de situatie waarin de arbeidsvoorwaarde oorspronkelijk is overeengekomen, hoe – zo laat zich de vraag stellen – komt de werkgever dan toe aan *enig* belang, laat staan aan het vereiste relatief *zwaarwichtige belang*, om de arbeidsvoorwaardelijke status quo ten nadele van de werknemer te wijzigen? De werkgever zal, ook in het kader van art. 7:613 BW, dus echt wel moeten uitleggen *dat* en *wat* er voor hem is veranderd, waardoor hij datgene wat oorspronkelijk is afgesproken, niet langer gestand kan of wil doen. Die omstandigheden kunnen van velerlei aard zijn, maar als er *niets* is gewijzigd voor de werkgever (of gaat wijzigen), valt bezwaarlijk in te zien hoe hij dan toch een zwaarwichtig belang heeft om een bepaalde arbeidsvoorwaarde aan te passen.

De lagere rechtspraak bevestigt dat beeld. Als men de op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken bestudeert, die in de drie jaar sedert de *Fair Play*-arresten van de Hoge Raad van eind november 2019 zijn geweest op basis van art. 7:613 BW (dus in 2020, 2021 en 2022), dan valt op dat in *alle* uitspraken waarin een zwaarwichtig belang is aangenomen, het bestaan van dat belang mede is gestoeld op een wijziging van omstandigheden van enigerlei aard waarmee de werkgever werd geconfronteerd en die hem, op zijn beurt, noopte om een wijziging van een arbeidsvoorwaarde door te voeren.²⁰ En ook in de zaken waarin de rechter uiteindelijk oordeelde dat een zwaarwichtig belang *niet* bestond, was door de werkgever wel vrijwel zonder uitzondering geweest op gewijzigde omstandigheden die hem noopten tot

wijziging (maar kwam de rechter tot het oordeel dat desondanks geen zwaarwichtig belang bestond).²¹ In het enkele geval waarin de werkgever helemaal niet onderbouwde *waarom* er iets gewijzigd moest worden, liep de eenzijdige wijziging reeds daarop stuk.²²

Het voorgaande brengt met zich dat eigenlijk niet langer verdedigbaar is dat er in die zin een materieel verschil zou zitten tussen de Stoof/Mammoet-norm en art. 7:613 BW, dat de werkgever op grond van de laatstgenoemde norm wijzigingen kan doorvoeren zonder dat sprake is van enige gewijzigde omstandigheid (ten opzichte van het moment waarop de arbeidsvoorwaarde die het betreft werd overeengekomen), terwijl zo een gewijzigde omstandigheid voor een succesvol beroep op *Stoof/Mammoet* wel is vereist. Ook een relatief zwaarwichtig belang bij wijziging in de zin van art. 7:613 BW is, zowel dogmatisch als praktisch gezien, niet goed denkbaar zonder dat de werkgever kan aantonen dat er iets is veranderd, dat hem tot de wijziging noopt.

7. Een voorlopige tussenstand (met cliffhanger ...)

Het voorgaande overziend lijkt het erop dat de even voorlopige als voorzichtige tussenconclusie luidt dat de verschillen tussen art. 7:613 BW enerzijds en de Stoof/Mammoet-norm anderzijds, in werkelijkheid een stuk kleiner zijn dan men bij eerste kennisname van de twee maatstaven – en van hetgeen de Hoge Raad daarover zelf heeft opgemerkt in het *Stoof/Mammoet*-arrest – zou denken. Ongeacht of men de beide normen nu vergelijkt op het punt van (i) de voor de beoordeling relevante gezichtspunten, (ii) de gestrengheid van de toetsing, (iii) de procedurele vereisten of (iv) de omstandigheden waaronder er een beroep op kan worden gedaan – steevast luidt de conclusie: eigenlijk is er geen echt relevant verschil.

Maar er resten nog twee belangrijke invalshoeken, die ook in de vergelijking moeten worden betrokken. In de eerste plaats de temporele reikwijdte van de beide normen. Gelden zij alleen tijdens het dienstverband, of ook daarna? En tot slot is er dan nog de vraag hoe de wijziging, als de norm vervuld is, wordt doorgevoerd. Kan de werkgever dat zelf,

20 Ktr. Rotterdam 9 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:10864 (gewijzigde omstandigheden: regeling is onbetaalbaar geworden en na overname is harmonisatie gewenst); Hof Amsterdam 23 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2413 (gewijzigde omstandigheden die een zwaarwichtig werkgeversbelang bij ingrijpen in arbeidsvoorwaarden creëren gelegen in (i) sinds enige jaren in toenemende mate slechtere en zelfs verliesgevendende resultaten en (ii) ouder en minder inzetbaar worden van de werknemerspopulatie, hetgeen ertoe noopt gelden vrij te spelen voor ontwikkelen van duurzame inzetbaarheid personeel); Ktr. Amsterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2965 (aanpassing arbeidsomvang – en loonbetalingsplicht – omdat de inzetbaarheid van de werknemer door een ongeval is gewijzigd); Ktr. Almere 3 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5381 (gewijzigde omstandigheden door mondiale wijzigingen in automotive-industrie); Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:872 (gewijzigde omstandigheden door zwaardere maatschappelijke eisen aan integer handelen en voorkomen van belangenverstrengeling, toename van personenvervoer in de haven); Ktr. Dordrecht 15 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3754 (wijziging in liquiditeitspositie door omzetsdaling); Ktr. Arnhem 26 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1168 (nieuwe cao tot stand gekomen, waaruit wijzigingen volgen alsmede toegenomen belang om vanuit milieuoogpunt vervoer per auto te gaan ontmoedigen); Ktr. Rotterdam 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10798 (gewijzigde omstandigheden gelegen in onvoldoende functioneren na coaching en begeleiding).

21 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8760 (zwaarwichtig belang aangevoerd op grond van wijziging van de toepasselijke cao, instandhouding arbeidsvoorwaarde daarmee niet langer te rijmen); Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2342 (wijziging pensioenregeling is noodzakelijk geworden vanwege gewijzigde omstandigheid dat uitvoeringsovereenkomst is opgezegd en werkgever heeft aangetoond dat er geen uitvoerders meer te vinden zijn die eindloonregeling willen uitvoeren, maar inhoud wijziging gaat te ver); Ktr. Utrecht 23 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5770 (gewijzigd beleid om te voldoen aan nieuwe duurzaamheidsoverwegingen); Ktr. Den Haag 13 augustus 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:7813 (verslechtering van financiële situatie werkgever); Ktr. Roermond 23 september 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7144 (tegenvallende bedrijfsresultaten en daardoor noodzakelijk geworden reorganisatie); Ktr. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731 (intreden coronacrisis).

22 Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1439 (belang bij wijziging is niet geconcretiseerd).

eenzijdig doen? Of heeft hij toch de instemming van de werknemer? En dat laatste is, bij de discussie omtrent wijziging van arbeidsvoorwaarden, natuurlijk wel de lakmoesproef. Maakt art. 7:613 BW daar dan alsnog het verschil? Die vragen komen aan de orde in het derde deel.