



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? (III)**
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? (III). *Arbeidsrecht*, 2023(4), 26-32. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716952>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716952>

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? (III)

ArbeidsRecht 2023/22

Een drieluik over wijziging van arbeidsvoorwaarden. In het eerste deel is het IFF-arrest van de Hoge Raad van 25 november 2022 besproken en werd ingegaan op de lessen die daaruit te trekken zijn ten aanzien van de inhoud en reikwijdte van het Stoof/Mammoet-criterium. In het tweede en dit derde deel wordt besproken of het, gelet op de ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad 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

In het tweede deel van dit drieluik zijn het Stoof/Mammoet-criterium en de maatstaf van art. 7:613 BW vergeleken vanuit het perspectief van, achtereenvolgens, (i) de voor de beoordeling relevante gezichtspunten, (ii) de gestrengheid van de toetsing, (iii) de procedurele vereisten en (iv) de omstandigheden waaronder een beroep op de beide maatstaven gedaan kan worden. In dit derde deel wordt de vergelijking voortgezet met een beschouwing van (v) de temporele reikwijdte van de twee normen en – *last but not least* – (vi) de wijze waarop de wijziging kan worden doorgevoerd (eenzijdig of met instemming?). Afgesloten wordt met een conclusie en een blik voorwaarts: moeten art. 7:613 BW en Stoof/Mammoet naast elkaar blijven bestaan? Of is het tijd voor een fundamentele herziening van het speelveld?

2. Invalshoek 5: de temporele reikwijdte van de normen

De meeste wijzigingsvragen hebben betrekking op de situatie *tijdens* het dienstverband. De vaststelling dat de werkgever zich dan zowel kan beroepen op art. 7:611 BW als op art. 7:613 BW, is als het intrappen van een open deur; het spreekt voor zich dat de beide bepalingen dan gelden. Maar hoe zit dat na afloop van het dienstverband?

Allereerst de Stoof/Mammoet-norm. Heeft die maatstaf postcontractuele werking, voor zover de werknemer na afloop van het dienstverband nog bepaalde aanspraken kan ontlenen aan de arbeidsovereenkomst, omdat die arbeidsvoorwaarden “nawerken”? Het lijkt mijns inziens geen twijfel dat het antwoord bevestigend luidt. In het recente *Euronext*-arrest besliste de Hoge Raad onder verwijzing naar het eerdere *ECN/Omen*-arrest, dat wanneer sprake is van pensioenaanspraken, het einde van de arbeidsovereenkomst meebrengt dat de rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van partijen, wordt voortgezet in de pensioenovereenkomst.² Art. 7:611 BW, zo vervolgt de Hoge Raad, is van toepassing op die pensioenovereenkomst, “ook nadat de arbeidsovereenkomst voor het overige is geëindigd”.

Niet valt in te zien waarom die beslissing niet zou kunnen worden doorgetrokken naar andere arbeidsvoorwaarden dan de arbeidsvoorwaarde pensioen. Ook voor zover andere rechten blijven gelden na het einde van de arbeidsovereenkomst – zoals het recht van een bankemployee om na afloop van het dienstverband gebruik te mogen blijven maken van korting op bepaalde bancaire producten –, zal art. 7:611 BW in zoverre ook blijven gelden. Dat betekent wederom, en daarvoor is steun te vinden in de rechtspraak en de literatuur, dat de werkgever zich ten aanzien van zulke nawerkende arbeidsvoorwaarden, ook zal kunnen beroepen op Stoof/Mammoet.³

Natuurlijk zal daarbij het feit dat sprake is van een postcontractuele relatie, één van de in aanmerking te nemen gezichtspunten kunnen zijn, zoals Gerlach in zijn recente proefschrift over de ex-werknemer terecht opmerkt.⁴ Dat *kan* betekenen dat de wijziging de betrokken ex-werknemer extra zwaar raakt – en die wijziging dus minder snel toelaatbaar is dan bij een actieve werknemer – bijvoorbeeld omdat de ex-werknemer inmiddels gepensioneerd is en minder inkomsten heeft. Maar noodzakelijk is dat zeker niet. Verdedigbaar kan ook zijn dat de werkgever jegens ex-werknemers in bepaalde gevallen juist eenvoudiger tot wijziging van nawerkende arbeidsvoorwaarden kan komen, bijvoorbeeld omdat de werknemer inmiddels een goed betaalde baan elders heeft gekregen, zich na afloop van het dienstverband minder correct heeft opgesteld jegens de ex-werkgever, of – eenvoudigweg – omdat naarmate het einde

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

² HR 23 september 2022, *JAR* 2022/267; HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, rov. 5.1.

³ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014, *PJ* 2014/52 en Hof Den Haag 18 januari 2022, *PJ* 2022/30. Zie voorts: Loonstra & Zondag, in: A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 609.

⁴ V. Gerlach, *De ex-werknemer (Monografieën Sociaal Recht nr. 83)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 209.

van het dienstverband in een verder verleden ligt, partijen elkaar minder verschuldigd zijn waardoor een wijzigingsvoorstel eerder redelijk is, dan wanneer het dienstverband nog actief is.

En hoe staat het met de temporele reikwijdte van art. 7:613 BW? Kan ook die bepaling in de postcontractuele fase worden ingeroepen? Met Gerlach, Lutjens en Van Slooten meen ik dat die vraag bevestigende beantwoording verdient.⁵ Een eenzijdig wijzigingsbeding is gekoppeld aan en afhankelijk van het bestaan van de arbeidsvoorwaardelijke rechten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Zonder dat zulke rechten bestaan, heeft een eenzijdig wijzigingsbeding geen betekenis. Dit afhankelijke of accessoire karakter betekent dat wanneer bepaalde rechten na afloop van de arbeidsovereenkomst blijven bestaan, dit ook heeft te gelden voor de wijzigingsbevoegdheid die de werkgever zich ten aanzien van die rechten heeft voorbehouden, tenzij de wijzigingsbevoegdheid uitdrukkelijk zo is vormgegeven dat deze na einde dienstverband vervalft.⁶ Bij gebreke van zo een (bijzondere) afwijking is de *default position* dus naderwerking van het wijzigingsbeding, voor zover de arbeidsvoorwaarden waarop het beding ziet, ook blijven bestaan. Dat is de spreekwoordelijke “andere kant” van de medaille van die naderwerking.

In de appelrechtspraak is naderwerking van ‘art. 7:613 BW’-bedingen inmiddels ook een aantal keren aangenomen.⁷ Een geheel uitgemaakte zaak betreft het hier evenwel niet. In zijn conclusie voor het *ECN/Omen*-arrest merkte A-G Timmerman nog op dat art. 7:613 BW “enkel ziet op nog actieve (premie betalende) deelnemers en niet op post actieven”, maar de overtuigingskracht van die overweging is relatief beperkt nu de A-G die opvatting niet met enig argument onderbouwde.⁸ De Hoge Raad liet zich in het door hem gewezen arrest vervolgens niet uit over deze kwestie. Anders dan het Hof Den Haag in zijn na verwijzing gedane uitspraak besliste, hoeft dat niet te betekenen dat de Hoge Raad geen ruimte ziet voor postcontractuele werking van art. 7:613 BW.⁹ Het is per definitie riskant om al te veel “in te lezen” in stilzwijgen van de cassatierechter. Zegt de Hoge Raad niets, daar waar de A-G wel een bepaald standpunt innam, dan kan dat ook zeer wel verklaard worden doordat de Hoge Raad er nog niet uit is hoe de beslissing op dat punt dient te luiden.

Gaat men nog een spade dieper, dan bevat het *ECN/Omen*-arrest wellicht zelfs veeleer steun voor de gedachte dat een

eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van art. 7:613 BW, wel postcontractuele werking moet kunnen hebben. De Hoge Raad had namelijk in dat arrest ook te beslissen over een motiveringsklacht met betrekking tot de uitleg die het hof had gegeven aan de wijzigingsbevoegdheid in twee pensioenreglementen van ECN. Volgens de cassatieklacht volgde uit de omstandigheid dat beide pensioenreglementen naar hun tekst konden worden gewijzigd “door de werkgever” en “na overleg met de betrokken werknemers” dat een zodanige wijziging alleen de zittende werknemers kon betreffen. De Hoge Raad meende dat die klacht faalde, omdat de tekst van de desbetreffende artikelen niet bepaalde dat de pensioenreglementen niet ten opzichte van ex-werknemers kunnen worden gewijzigd. En bij een objectieve uitleg behoefde het enkele feit dat in die artikelen ECN werd vermeld als “de werkgever” en dat werd gesproken van (overleg met) “werknemers”, het hof er volgens de Hoge Raad ook niet van te weerhouden de wijzigingsbevoegdheid mede te betrekken op de – uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende – verhouding tussen ECN en haar *voormalige* werknemers met pensioenaanspraken.¹⁰

Dat zijn interessante overwegingen als men kijkt naar art. 7:613 BW. Want ook de tekst van die bepaling sluit *niet* uit dat wijzigingen na afloop van de arbeidsovereenkomst kunnen worden doorgevoerd en ook die bepaling spreekt over “de werkgever” en “de werknemer” – en niet tevens over de werkgever en de “(voormalige) werknemer” –, terwijl bovendien bij wetsuitleg eveneens een objectieve uitleg moet worden gehanteerd, vergelijkbaar met de cao-norm. Kortom: de tekst van art. 7:613 BW heeft de rechter er in ieder geval niet van te weerhouden om die bepaling in een postcontractuele setting toepasbaar te achten, zo kan – met enige slagen om de arm – uit het *ECN/Omen*-arrest worden afgeleid.

Het lijkt er dus, al met al, op dat er ook *Gleichlauf* is tussen *Stoof/Mammoet* en art. 7:613 BW waar het hun temporele werking betreft. Er valt in het licht van het voorgaande veel voor te zeggen dat beide maatstaven zowel tijdens als na het dienstverband kunnen worden ingeroepen, voor zover de werknemer in het postcontractuele tijdvak nog rechten aan de arbeidsovereenkomst kan ontleen.

3. Invalshoek 6: de wijze van wijziging, eenzijdig versus instemming vereist?

Daarmee wordt toegekomen aan de laatste invalshoek voor de vergelijking van de beide normen, te weten de wijze waarop de wijziging wordt doorgevoerd. Zit daar dan wellicht toch een belangrijk voordeel van art. 7:613 BW ten opzichte van art. 7:611 BW? In het *Stoof/Mammoet*-arrest presenteerde de Hoge Raad het wel zo.

Is een eenzijdig wijzigingsbeding van toepassing en heeft de werkgever, op het moment van de wijziging, het daarvoor

5 V. Gerlach, *De ex-werknemer (Monografieën Sociaal Recht nr. 83)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 216; Lutjens, *Asser/Lutjens 7-XI 2019/558*; J.M. van Slooten, ‘De “uitgewerkte rechtsverhouding”: geen argument, maar soms een conclusie’, *ArbeidsRecht* 2013/6; J.M. van Slooten, ‘“Uitgewerkte rechtsverhouding” als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk’, *TPV* 2012/16, p. 26.

6 V. Gerlach, *De ex-werknemer (Monografieën Sociaal Recht nr. 83)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 17.

7 Hof’s-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7614; Hof Amsterdam 23 september 2014, *PJ* 2014/164.

8 HR 26 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA0566, onder 3.3.

9 Hof Den Haag 31 maart 2015, *PJ* 2015/82.

10 Rov. 5.2.

vereiste (relatief) zwaarwichtige belang, dan wijzigt de arbeidsovereenkomst automatisch op de door de werkgever gewenste wijze. Zonder dat enige instemming of nadere handeling van de werknemer vereist is. Bij het Stoof/Mammoet-criterium daarentegen, zo suggereerde de Hoge Raad in 2008, zit dat heel anders. Daar moet namelijk over de wijziging tussen partijen “overeenstemming worden bereikt”.¹¹ De Hoge Raad lijkt hier te zeggen dat wanneer de werknemer, zelfs als de drie deelvereisten van het Stoof/Mammoet-criterium zijn vervuld, weigert om die instemming te geven – waarmee hij dus tekortschiet in de nakoming van zijn uit art. 7:611 BW volgende verplichtingen –, de wijziging niet tot stand kan komen. Voor daadwerkelijk *eenzijdige* wijziging biedt dat criterium dus geen basis, althans: zo lijkt het.

Betekent dat nu dat de werkgever in zo een geval eigenlijk weinig andere middelen ter beschikking staan dan de rechter maar te verzoeken het dienstverband te ontbinden omdat de werknemer verwijtbaar gedrag vertoont (art. 7:669 lid 3 sub e BW), en in afwachting van die ontbinding de arbeidsovereenkomst ongewijzigd te laten voortbestaan en onverkort na te komen? De rechtspraak laat zien dat slecht werknemerschap in de vorm van de weigering een redelijk Stoof/Mammoet-voorstel te aanvaarden, inderdaad een ontbindingsgrond kan zijn.¹² Maar wat nu als de werkgever dat helemaal niet wil? Als hij de voorkeur eraan geeft de wijziging door te voeren, in plaats van dat afscheid wordt genomen waarbij wellicht ook nog eens een transitievergoeding moet worden betaald? Naar alle waarschijnlijkheid is het verschil tussen Stoof/Mammoet en art. 7:613 BW ook hier veel kleiner dan het door de Hoge Raad in dat arrest genoemde “overeenstemmingsvereiste” suggereert.

4. Art. 7:628 BW – een middel voor pseudowijziging

Als het wijzigingsvoorstel bestaat in een voorstel tot wijziging van de functie, blijkt dat allereerst uit het Stoof/Mammoet-arrest zelf. Uit die uitspraak volgt immers dat als de werknemer zo een voorstel ten onrechte verwerpt en de werkgever de werknemer dan niet langer zijn oude functie laat verrichten, diens loonaanspraak vervalt. Hij verricht dan geen arbeid door een oorzaak die in redelijkheid voor zijn rekening moet komen.¹³ Deze mogelijkheid van de werkgever om het loon in zo een geval in te houden, lijkt erop te duiden dat de Hoge Raad aanvaardt dat de werkgever, wanneer de werknemer niet instemt met een redelijk

functiewijzigingsvoorstel, de bevoegdheid heeft om de functie eenzijdig aan te passen waarna de werknemer geen loonaanspraak meer heeft wanneer hij die nieuwe functie niet uitoefent.

Toch is dat vermoedelijk niet zoals de Hoge Raad het in 2008 heeft bedoeld – juist omdat de Hoge Raad toen zo nadrukkelijk overwoog dat een wijziging via de band van het Stoof/Mammoet-criterium, de instemming van de werknemer vereist; en van die instemming was bij Stoof geen sprake. Het lijkt er veeleer op dat de beslissing van de Hoge Raad in die zaak zo geduid moet worden dat de loonaanspraak in zo een geval verloren gaat, omdat de werknemer weigert in te stemmen met het redelijke voorstel, waardoor hij werkloos thuiszit, hoewel hij ander werk redelijkerwijs had moeten aanvaarden (en kunnen verrichten). Wat er van deze juridische nuance ook zij, voor de gemiddelde werknemer *voelt* het verlies van het loon wegens het weigeren van een andere passende functie, natuurlijk wel als het eenzijdig doorvoeren van die functiewijziging door de werkgever.

5. Eenzijdige aanpassing op basis van Stoof/Mammoet: in de praktijk staat de rechter het toe – maar is er ook een grondslag voor?

Maar hoe zit het als de wijziging niet ziet op de functie maar op een andere arbeidsvoorwaarde, zoals de hoogte van het loon, een leaseregeling of het aantal bovenwettelijke vakantiedagen? Kan de werkgever de wijziging dan eenzijdig doorvoeren wanneer (hij meent dat) het Stoof/Mammoet-criterium is vervuld? Of moet de rechter hem dan terugfluiten om de enkele reden dat de instemming van de werknemer ontbreekt?

Bezie men de lagere rechtspraak, dan wijst de rechter regelmatig een nakomingsvordering van een werknemer die niet heeft ingestemd met een redelijk wijzigingsvoorstel, af als hij meent dat de werknemer op grond van het Stoof/Mammoet-criterium gehouden was dat voorstel te aanvaarden. Vaak wordt daarbij door de rechter volstaan met de enkele constatering dat dat criterium vervuld is. Maar die benadering gaat nogal kort door de juridische bocht, omdat de Hoge Raad er in 2008 nu juist zo duidelijk van uitging dat een wijziging op grond van Stoof/Mammoet pas tot stand komt als de werknemer instemt met het wijzigingsvoorstel, niet reeds wanneer hij – door het vervuld zijn van de norm – *gehouden is* om daarmee in te stemmen.¹⁴ Toch is er wel een juridische onderbouwing te geven voor het afwijzen van een nakomingsvordering in dit soort gevallen waarin (i) de Stoof/Mammoet-norm is vervuld, (ii) de werknemer ten onrechte weigert het redelijke voorstel te aanvaarden en (iii) de werkgever de wijziging dan maar

11 Rov. 3.3.3, tweede alinea.

12 Ktr. Den Haag 21 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:293; Hof Den Haag 12 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:547; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:236. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Niet-aanvaarding van redelijke wijzigingsvoorstellen’, *ArA* 2021/3, p. 20 (over weigering als e-grond) en S.F. Sagel, ‘100 jaar werknemersongehoorzaamheid: naar een gezichtspuntencatalogus voor de belangenafweging van art. 7:678 lid 2 sub j BW?’, in: *De werkgever in beweging*, Den Haag, 2009, p. 57–91 (over weigering als dringende reden).

13 Art. 7:628 BW is door de Wvz gewijzigd, maar de voorheen gewezen rechtspraak over de risicoregeling is nog steeds van toepassing, zo valt af te leiden uit HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823, rov. 3.2.

14 Rb. Overijssel 8 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:384; Rb. Rotterdam 31 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:13091; Rb. Limburg 31 januari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:828; Rb. Gelderland 21 september 2016, *Prg.* 2016/166; Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414; Rb. Noord-Holland 6 november 2014, ECLI:NL:RBNHO:2013:10420.

eenzijdig doorvoert. Sterker nog: er zijn er meer. Eén in de sfeer van het schadevergoedingsrecht en één in de sfeer van de reële executie. Zij bieden de werkgever een handvat om zich te verweren tegen een nakomingsvordering in een geval als dit en bieden de rechter een grondslag om zo een eenzijdig doorgevoerde wijziging achteraf te bezegelen en formaliseren.

6. Schadevergoeding in natura ...

Het is al gezegd: als een werknemer, hoewel de Stoof/Mammoet-criteria zijn vervuld, weigert akkoord te gaan met een wijzigingsvoorstel, levert dat een schending van art. 7:611 BW en daarmee een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst op. Wanprestatie dus.¹⁵ In zo een geval komt op de werknemer een verplichting tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade te rusten. Het is in de eerste plaats die aanspraak op schadevergoeding die de werkgever in rechte kan aanwenden om een nakomingsvordering af te weren van een werknemer die in strijd met Stoof/Mammoet heeft geweigerd een wijzigingsvoorstel te accepteren waarna de werkgever die wijziging eenzijdig heeft geïmplementeerd. Sterker nog: de werkgever kan die aanspraak aanwenden om de arbeidsovereenkomst, met terugwerkende kracht tegen de datum waarop de werknemer tot aanvaarding gehouden was, aangepast te krijgen conform het door de werkgever gedane redelijke voorstel dat geaccepteerd had moeten worden.

Bij schadevergoeding wordt natuurlijk in de eerste plaats gedacht aan een schadevergoeding in geld. Maar ook schadevergoeding in andere vormen dan geld behoort – blijkens art. 6:103 BW – tot de mogelijkheden. Een van die alternatieven is, zoals Sieburgh dat in navolging van Hartkamp heeft uitgedrukt, dat “denkbaar is (...) dat de rechter de benadeelde van een op hem rustende verbintenis bevrijdt”.¹⁶ Ook in de wetsgeschiedenis van art. 6:103 BW is die mogelijkheid van het “vervallen van een schuld aan de wederpartij” uitdrukkelijk genoemd als mogelijke vorm van schadevergoeding in natura.¹⁷ Juist in een geval als dit, spreekt deze mogelijkheid tot de verbeelding. De werkgever die wordt geconfronteerd met een vordering van een werknemer tot ongewijzigde nakoming van een arbeidsvoorwaarde, ten aanzien waarvan de werkgever hem een wijzigingsvoorstel heeft gedaan dat de werknemer in strijd met art. 7:611 BW heeft geweigerd te aanvaarden, kan zich in rechte op het standpunt stellen dat die vordering afketst op het feit dat de werkgever recht heeft op schadevergoeding in natura in de vorm van het vervallen – per de datum waartegen de werknemer het wijzigingsvoorstel uiterlijk had moeten aanvaarden – van de arbeidsvoorwaarde zoals die voorheen gold (waarmee de nakomingsvordering dan kan worden “verrekend”).

Bovendien zou de werkgever, zekerheidshalve, een reconventionele vordering kunnen instellen, tot toewijzing van schadevergoeding in natura in de vorm van een rechterlijk oordeel dat bevestigt dat hij, de werkgever, met ingang van een bepaalde datum in het verleden waarop de werknemer het wijzigingsvoorstel had moeten aanvaarden, is ontslagen uit de verplichting om die arbeidsvoorwaarde nog langer na te komen.¹⁸ Die benadering leidt ertoe dat de werkgever op een vrij eenvoudige manier door de rechter wordt gebracht in de situatie waarin de werknemer hem had moeten brengen; te weten in de situatie waarin de werkgever vanaf het moment (in het verleden) waarop hij de arbeidsvoorwaarde heeft aangepast, ook daadwerkelijk ontslagen is uit de betreffende arbeidsvoorwaardelijke verplichting. Het komt er, anders gezegd, op neer dat de rechter achteraf de door de werkgever doorgevoerde wijziging “bezegelt”, een uitkomst dus die een-op-een overeenkomt met de situatie waarin de rechter achteraf oordeelt dat het de werkgever was toegestaan om een arbeidsvoorwaarde via de band van art. 7:613 BW te wijzigen.

Een laatste vraag die bij deze oplossing via de band van art. 6:103 BW nog wel opkomt, is hoe die zich verhoudt tot art. 7:661 BW, waarin is bepaald dat de werknemer slechts tot schadevergoeding is gehouden jegens de werkgever wanneer die schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. Is er dus slechts ruimte voor de bovenstaande oplossingsrichting wanneer de werknemer opzettelijk of bewust roekeloos schade aan de werkgever toebrengt door een wijzigingsvoorstel niet te aanvaarden? Het antwoord luidt ontkennend. De door art. 7:661 BW aangebrachte beperking geldt uitsluitend voor schade toegebracht bij de uitvoering van de overeenkomst. Dat moet, blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad, zo worden begrepen dat het gaat om schade die de werknemer zijn werkgever toebrengt bij de uitvoering van de overeengekomen werkzaamheden.¹⁹ Daaronder valt het weigeren van een redelijk voorstel in de zin van Stoof/Mammoet, evident niet.

7. ... of reële executie

Een tweede aanvliegroute waarmee de werkgever een door hem eenzijdig met een beroep op het Stoof/Mammoet-criterium doorgevoerde wijziging van een arbeidsvoorwaarde kan laten “bekrachtigen” door de rechter, wanneer hij wordt aangesproken tot ongewijzigde nakoming van de voorheen

15 HR 14 november 2008, NJ 2008/589, rov. 3.3.2.

16 Sieburgh, Asser/Sieburgh 6-II 2021/22. De vermelding in de Asser-serie over deze mogelijkheid gaat ver terug en was al in 1984 in de Asser/Hartkamp opgenomen, zie: Hartkamp, Asser/Hartkamp 4-I 1984/411, p. 301.

17 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 142.

18 Bij arbeidsvoorwaarden die eenvoudig in geld zijn uit te drukken, is een alternatieve variant dat (i) de werkgever aanspraak maakt op schadevergoeding in geld, gelijk aan het verschil tussen de kosten verbonden aan blijvende nakoming van de arbeidsvoorwaarde zoals die voorheen gold, en de lagere kosten waarmee hij zich geconfronteerd zou hebben gezien wanneer de werknemer het wijzigingsvoorstel had aanvaard en (ii) deze aanspraak op schadevergoeding wordt verrekend met de nakomingsvordering van de werknemer (die zal wegvallen tegen de aanspraak op schadevergoeding). Deze tweede variant sluit weliswaar aan bij het uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht dat schade wordt vergoed in geld, maar zal vaak complexer zijn dan de aanpak waarbij de schadevergoeding wordt uitgedrukt in het simpelweg ontslaan van de werkgever uit zijn verplichting om de arbeidsvoorwaarde ongewijzigd na te komen.

19 HR 16 april 1999, NJ 1999/548, rov. 3.6.

geldende arbeidsvoorwaarde, is te vinden in de *Victoria*-uitspraak van de Hoge Raad van begin 2020.²⁰ Die zaak zag op de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst partieel te beëindigen. De Hoge Raad besliste dat de rechter de arbeidsovereenkomst niet partieel kan ontbinden op de voet van art. 7:671b BW, maar dat er wel tal van andere grondslagen zijn om tot een gedeeltelijke beëindiging daarvan te komen. Eén daarvan ziet de Hoge Raad in art. 7:611 BW dat zowel voor de werknemer als voor de werkgever, openingen biedt. De Stoof/Mammoet-norm, zo overwoog de Hoge Raad, kan meebrengen dat de werknemer gehouden is om zijn instemming te geven aan een voorstel van de werkgever “dat in resultaat neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging”.²¹

Maar ook de werkgever kan op grond van art. 7:611 BW gehouden zijn om in te stemmen met een voorstel van de werknemer om het dienstverband partieel te beëindigen. Interessant voor de thans voorliggende discussie, is dat de Hoge Raad, in het kader van zijn beschouwingen over de mogelijkheden die de werknemer heeft om de werkgever op grond van art. 7:611 BW te verzoeken om de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk te beëindigen, ook iets zei over de mogelijkheden om dat wijzigingsvoorstel geïmplementeerd te krijgen als de werkgever niet meewerkt. De werknemer kan – zo blijkt uit de overwegingen – bij de rechter (dan) namelijk ook een verzoek doen tot “wijziging van de overeenkomst op grond van goed werkgeverschap”, dat de rechter vervolgens kan “toewijzen”. Er komt in dat geval dus, op grond van art. 7:611 BW, een constitutieve beslissing tot stand waarbij de rechter de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:611 BW aanpast, conform de wensen van de werknemer. Dit lijkt sterk op toepassing van art. 3:300 BW dat de rechter de bevoegdheid geeft om, kort gezegd, op vordering van een gerechtigde een rechtshandeling te verrichten waartoe de wederpartij van die gerechtigde gehouden is. Op grond van die bepaling, art. 3:300 BW, besliste de Hoge Raad eerder ook al dat de rechter – wanneer hij meent dat *herstel* van het dienstverband is aangewezen – een werkgever niet alleen kan veroordelen om de arbeidsovereenkomst (met terugwerkende kracht) te herstellen, maar ook om zelf dat herstel uit te spreken en daarbij zelfs te komen tot herstel *met terugwerkende kracht* en *in een andere vorm* of tegen *andere voorwaarden* dan het oorspronkelijke dienstverband. Ook een vorm van aanpassing van het dienstverband door de rechter dus.²²

Als het zo is dat de rechter op *grond* van, althans *naar analogie van*, art. 3:300 BW een verzoek van de werknemer op grond van art. 7:611 BW tot “wijziging van de overeenkomst op grond van goed werkgeverschap”, kan toewijzen, dan moet datzelfde ook mogelijk zijn wanneer de werkgever zo een wijzigingsverzoek doet op grond van de eveneens op art. 7:611 BW gebaseerde Stoof/Mammoet-norm. Zo een op art. 7:611 BW gebaseerd wijzigingsverzoek van

de werkgever is immers de andere kant van dezelfde medaille.²³ De enige vraag die dan nog rest, is of de rechter zo een verzoek ook kan toewijzen tegen een in het verleden gelegen datum, te weten: de datum waarop de werknemer op grond van art. 7:611 BW gehouden raakte om het wijzigingsvoorstel te accepteren. Het antwoord op die vraag zou bevestigend moeten luiden. De mogelijkheden die art. 3:300 BW biedt, zijn ruim. In beginsel kan iedere rechtshandeling worden ‘vervangen’ door een rechterlijke uitspraak, waarin wordt bepaald dat die dezelfde kracht heeft als een akte waarbij de rechtshandeling wordt verricht.²⁴ Niet valt in te zien waarom dat dus niet ook een rechtshandeling zou kunnen zijn om met ingang van een in het verleden gelegen datum, een aanpassing van een arbeidsvoorwaarde te aanvaarden waartoe de werknemer *destijds* al gehouden was. Dat geldt des te sterker wanneer men bedenkt dat – naar zojuist is aangestipt – bij de figuur van herstel van het dienstverband, de rechter ook de mogelijkheid heeft om een arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht, bijvoorbeeld tegen de datum waartegen is opgezegd, te herstellen, en dat zelfs tegen andere arbeidsvoorwaarden dan voorheen golden.

Tot slot dient de parallel met het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden zich aan dat een zekere parallel kent met de gewijzigde omstandigheden die vereist zijn voor een wijziging via de band van Stoof/Mammoet. Ook bij de *imprévision* kan de rechter de overeenkomst met terugwerkende kracht aanpassen.

Waartoe leidt dit nu allemaal, vooral in vergelijking met de wijze waarop wijzigingen op grond van art. 7:613 BW worden doorgevoerd? In het *Stoof/Mammoet*-arrest benoemde de Hoge Raad als belangrijk verschil tussen wijzigingen via de band van art. 7:613 BW en via 7:611 BW dat de werkgever voor een wijziging via het goed werkgeverschap de instemming van de werknemer behoeft. De bovenstaande analyse maakt duidelijk dat dat verschil, bij de huidige stand van de rechtspraak, in de praktijk eigenlijk non-existent is geworden. Materieel is de werkgever die een wijziging van een arbeidsvoorwaarde wil doorvoeren niet anders af, al naar gelang of hij zich wel of niet kan beroepen op een eenzijdig wijzigingsbeding. Voert hij zo een wijziging eenzijdig door omdat hij er terecht van overtuigd is dat de Stoof/Mammoet-norm vervuld is en kiest de werknemer ervoor om die wijziging aan te vechten en nakoming van de voorheen geldende arbeidsvoorwaarde te vorderen, dan heeft de werkgever de mogelijkheid om de wijziging achteraf door de rechter te laten “*bekrachtigen*” per de datum waarop hij deze heeft doorgevoerd. Ofwel via de band van schadevergoeding in natura in de vorm van bevrijding van de werkgever uit zijn verplichting om de oude arbeidsvoorwaarde nog langer na te komen vanaf de datum met ingang waarvan de werknemer het wijzigingsvoorstel had moeten

20 HR 21 februari 2020, NJ 2020/378.

21 Rov. 3.3.3.

22 Zie HR 25 januari 2019, NJ 2019/139, en daarover B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het sociaal recht’, NJB 2019, p. 2686, 2687.

23 B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het sociaal recht’, NJB 2020/2744. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Niet-aanvaarding van redelijke wijzigingsvoorstellen’, *ArA* 2021/3, p. 26.

24 Huydecoper, *Reële executie* (Mon. BW nr. A13) 2020/60.

aanvaarden. Ofwel, door de rechter in reconventie te verzoeken de arbeidsovereenkomst aan te passen vanaf die datum op de wijze als voorzien in de *Victoria*-beschikking, te weten via (analoge) toepassing van art. 3:300 BW.

Overziet men deze mogelijkheden, dan verkeert de werkgever die eenzijdig wijzigt via de band van Stoof/Mammoet, materieel gezien, in dezelfde positie als de werkgever die zich daartoe beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding. In beide gevallen zal de werkgever moeten afwachten of de werknemer tegen die wijziging opkomt en in beide gevallen zal de werkgever, als de rechter het met hem eens is dat de relevante wijzigingsnorm inderdaad vervuld was, de rechtsgeldigheid van de eenzijdig doorgevoerde wijziging in rechte bevestigd krijgen (onder afwijzing van de nakomingsvordering van de werknemer).

8. Stoof/Mammoet en art. 7:613 BW – (te veel van) hetzelfde?

Het is tijd de lijnen bijeen te halen. Overziet men het voorgaande, dan moet worden geconcludeerd dat met het recente *IFF*-arrest, gezien tegen de achtergrond van de *Fair Play*-arresten uit 2019 en de *Victoria*-beschikking uit 2020, er thans geen daadwerkelijk, materieel verschil meer is tussen de mogelijkheden om arbeidsvoorwaarden te wijzigen via de band van art. 7:613 BW enerzijds en art. 7:611 BW anderzijds. Het *IFF*-arrest zelf, heeft verduidelijkt dat de Stoof/Mammoet-norm ziet op *alle* wijzigingen van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze nu (hoofdzakelijk) een individueel of collectief karakter dragen. Tegelijkertijd zou art. 7:613 BW datzelfde, ruime regelingsbereik moeten hebben. Vergelijkt men vervolgens de inhoud, gestrengheid, temporele reikwijdte en doorwerking van de beide normen, dan blijkt dat de verschillen verwaarloosbaar zijn. Bij beide normen spelen dezelfde gezichtspunten een rol, zij het verpakt in een op het oog verschillend toetsingskader (de enkelvoudige toets van het relatief zwaarwichtige belang van art. 7:613 BW ten opzichte van de drietrapsraket van Stoof/Mammoet). Maar ten gronde komen die beide toetsingskaders neer op dezelfde belangenafweging, te weten de afweging van het belang van de werkgever bij wijziging, tegen het belang van de werknemer om de arbeidsvoorwaarde in stand te laten, getoetst aan de redelijkheid en billijkheid.

Beide normen zijn ook, *grosso modo*, even streng: het zijn beide gekwalificeerde redelijkheidstoetsen, strenger dan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar minder streng dan de derogerende werking daarvan. Bij Stoof/Mammoet zal de werkgever een voorstel moeten doen alvorens de wijziging kan worden doorgevoerd. Maar dat laat onverlet dat zich ook bij dat criterium situaties kunnen voordoen waarin de werkgever zich meteen op het standpunt kan stellen dat zijn voorstel niet verder onderhandelbaar is en de werknemer hoe dan ook moet accepteren. Tegelijkertijd zal ook binnen art. 7:613 BW van belang kunnen zijn of de werkgever onderhandelingsbereid is geweest en heeft willen luisteren naar eventuele bezwaren

en wensen tot aanpassing van de werknemer(s), althans zijn (hun) vertegenwoordiger(s), alvorens de wijziging door te voeren. De verschillen zijn ook op het punt van de procedurele waarborgen dus zeer overzichtelijk. Een daadwerkelijk verschil is vervolgens ook niet gelegen in de *omstandigheden waaronder* een beroep op de beide normen gedaan kan worden. Stoof/Mammoet vereist gewijzigde omstandigheden op het werk, maar ook het relatief zwaarwichtige belang van art. 7:613 BW zal de werkgever nauwelijks kunnen aantonen als er geen enkele verandering is ten opzichte van de situatie waarin de arbeidsvoorwaarde is afgesproken; de gepubliceerde rechtspraak over de afgelopen drie jaar bevestigt dat beeld een-op-een.

Ook de temporele reikwijdte van de normen is gelijk; zij kunnen vanzelfsprekend tijdens het dienstverband worden ingeroepen, maar voor zover bepaalde arbeidsvoorwaarden ‘nawerken’, komt de werkgever ook postcontractueel een beroep toe op Stoof/Mammoet en art. 7:613 BW. En dan de wijze waarop de wijziging wordt doorgevoerd? Ook daar is er eigenlijk geen daadwerkelijk verschil meer: als zich volgens de werkgever een zwaarwichtig belang voordoet, kan hij eenzijdig wijzigen. Is de Stoof/Mammoet-norm volgens hem vervuld, dan is formeel instemming van de werknemer vereist. Maar wordt die instemming ten onrechte onthouden en voert de werkgever de wijziging dan eenzijdig door, dan kan de rechter de wijziging achteraf bekrachtigen. Ofwel via de band van schadevergoeding in natura in de zin van art. 6:103 BW – in de vorm van het ontslaan van de werkgever uit zijn verplichting om de voormalige arbeidsvoorwaarde gestand te blijven doen – ofwel door, op verzoek van de werkgever, de arbeidsovereenkomst per de datum waarop het wijzigingsvoorstel aanvaard had moeten worden, alsnog aan te passen op de voet van art. 3:300 BW. Materieel gezien kan de werkgever dus ook op grond van art. 7:611 BW eenzijdig wijzigen, als het Stoof/Mammoet-criterium vervuld is. Daarbij moet ook niet worden vergeten dat de werkgever bij eenzijdig doorgevoerde wijzigingen, ongeacht of hij deze baseert op art. 7:611 of 7:613 BW, in dezelfde mate van onzekerheid verkeert. In beide gevallen zal hij moeten afwachten of de werknemer tegen die wijziging opkomt, en zo dat het geval is of de rechter zijn analyse dat zich een zwaarwichtig belang voordoet, althans de Stoof/Mammoet-norm vervuld is, uiteindelijk deelt.²⁵

Dat alles zo zijnde, luidt de conclusie dat de toegevoegde waarde van art. 7:613 BW ten opzichte van art. 7:611 BW eigenlijk is verdwenen. De *generalis*, zo lijkt het, heeft de *specialis* opgeslokt. Goed nieuws voor alle werkgevers die geen eenzijdig wijzigingsbeding in hun arbeidsovereenkomst hebben staan – ze missen er weinig aan. Maar tegelijkertijd

25. Dat de werkgever inderdaad eenzijdig kan wijzigen wanneer aan de Stoof/Mammoet-norm is voldaan, vindt overigens ook steun in de MVT van de Wet toekomst pensioenen, waarin is vermeld: “Instemming van de werknemer voor wijziging van de pensioenovereenkomst is enkel niet benodigd als de werkgever bevoegd is de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen, bijvoorbeeld met een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding of met een beroep op het goed werkgever- en werknemerschap.” *Kamerstukken II 2021/22*, 36 067, nr. 3, p. 115.

werpt deze conclusie wel de vraag op of het niet tijd wordt om serieus na te denken over een fundamentele wijziging van dit regelkader. Welk nut heeft het om naast elkaar twee wijzigingsmaatstaven te laten bestaan, die beide hetzelfde regelingsbereik hebben en die ook inhoudelijk ten gronde gelijk zijn? Dat is niet logisch en niet praktisch. Wanneer art. 7:611 BW werkgevers in feite ook zonder eenzijdig wijzigingsbeding de bevoegdheid geeft om eenzijdig te wijzigen onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden waarin zij kunnen wijzigen als ze wel zo een beding zijn overeengekomen, dan zijn er twee oplossingsrichtingen denkbaar. Ofwel art. 7:613 BW wordt – nu de bepaling in feite een dode letter is geworden – afgeschaft en de jurisprudentiële norm op basis van Stoof/Mammoet wordt de enige maatstaf. Ofwel de wetgever zorgt ervoor dat de rol van Stoof/Mammoet is uitgespeeld door art. 7:613 BW in die zin te wijzigen dat voor een beroep op die bepaling niet langer vereist is dat het eenzijdig wijzigingsbeding schriftelijk is overeengekomen.²⁶ Dan ontstaat een situatie waarin art. 7:613 BW door de werkgever kan worden ingeroepen, ongeacht of de werkgever die bevoegdheid schriftelijk heeft bedongen. De bevoegdheid tot eenzijdige wijziging wordt in dat geval een *implied term* in de arbeidsovereenkomst, waardoor Stoof/Mammoet in feite overbodig wordt.

Die laatste benadering heeft, alles afwegend, de voorkeur, omdat het enkelvoudige toetsingscriterium van art. 7:613 BW, zoals door de Hoge Raad ingevuld in de *Fair Play*-arresten, de schoonheid van de (relatieve) eenvoud heeft, daar waar het drieledige toetsingscriterium van Stoof/Mammoet toch wel vrij complex is.²⁷ Als het speelveld van de eenzijdige wijziging dan toch wordt opgeschoond, laten we het dan zo simpel mogelijk houden. Overigens is een aanpassing van art. 7:613 BW in die zin dat het daarin vervatte schriftelijkheidsvereiste komt te vervallen – en de werkgever dus op grond van de wet een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid heeft bij het bestaan van een zwaarwichtig belang –, ook een minder grote stap dan het wellicht op het eerste gezicht lijkt, alleen al omdat de eisen die de Hoge Raad aan dat schriftelijkheidsvereiste stelt, niet direct streng zijn te noemen. Het eenzijdig wijzigingsbeding hoeft niet schriftelijk in de arbeidsovereenkomst te zijn opgenomen, maar mag van de Hoge Raad ook ergens achteraan in een personeelsgids staan, die de werknemer bij het aangaan van de overeenkomst uitgereikt heeft gekregen.²⁸ Dat is nou niet direct een waarborg die heel veel garanties geeft. Nog los van het feit dat die waarborg van schriftelijkheid bij de huidige stand van het recht hoe dan ook boterzacht is, juist omdat een eenzijdige wijziging zonder zo een schriftelijk beding, evengoed kan worden doorgevoerd, zij het dan via de band van art. 7:611 BW.

26 Dat zou een beperkte ingreep in de letter van de wet vergen; de bepaling zou als volgt moeten komen te luiden: “De werkgever kan een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde slechts wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”

27 R.A.A. Duk, in: S.F. Sagel & E. Verhulp (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad (VVA-reeks)*, Den Haag: Kluwer 2005, p. 6–7.

28 HR 18 maart 2011, JAR 2011/108.